Die Rechtsverhältnisse bei mehrfacher Drittsicherung einer Forderung

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Friedrich Bauer
Referendar aus Straubing

Approbiert am 26. November 1936

Detmold
Druck der Meyerschen Hofbuchdruckerei G. m. b. H.
1937

1937/111

Referent: Univ.-Professor Dr. Lent

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern

gewidmet in tiefer Dankbarkeit

Inhaltsübersicht

Seite

§ 1. Einleitung: Zweck und Ziel der Abhandlung . . 7

Erster Teil

Die Rechtsverhältnisse bei mehrfacher gleichartiger Drittsicherung

I.

§ 2. Die Mitbürgschaft 11
1. Die gesetzliche Regelung 11
2. Die Ansicht von Kremer-Boethke 12
3. Abweichungen von der gesetzlichen Regelung 13

II.

§ 3. Die Gesamthypothek 15
1. Die gesetzliche Regelung 15
2. Ablehnung der Ausgleichslehre 17
3. Die Bedeutung des § 1173 19

III.

§ 4. Das Zusammentreffen mehrerer Pfandrechte . . 20
1. Das Problem 20
2. Die verschiedenen Ansichten in der Literatur . 21
3. Die gefundene Lösung 26

IV.

§ 5. Das Zusammentreffen von Hypothek und Pfandrecht 29

Zweiter Teil

Die Rechtsverhältnisse bei mehrfacher ungleichartiger Drittsicherung

Seite

I.

§ 6. Das Problem 31

II.

Kritische Betrachtung der verschiedenen Lehrmeinungen 33

§ 7. Die Strohalsche Lehre 34

§ 8. Die Ausgleichslehre 40

§ 9. Widerlegung der Ausgleichslehre 44

III.

§ 10. Die gefundene Lösung im Anschluß an die Strohalsche Lehre 48

1. Eine Rechtsvergleichung 48
2. Zurückweisung von Angriffen gegen die angenommene Lehre 49
3. Die Bedeutung des § 776 50
4. Sonstige, die Lösung rechtfertigende Erörterungen 52

Dritter Teil

Die Rechtsverhältnisse bei mehrfacher, unvollkommener Drittsicherung

§ 11 55

§ 12. Schlußwort: Zusammenfassung der gefundenen Lösungen 56

Literaturverzeichnis 59

§ 1. Einleitung:

Zweck und Ziel der Abhandlung

Die vorliegende Abhandlung hat sich zur Aufgabe gestellt, die bereits seit Bestehen des BGB. sehr umstrittenen, bisher aber noch nicht eindeutig geklärten Fragen über die gegenseitigen Rechtsbeziehungen mehrerer Sicherheitssteller für die Verbindlichkeit eines Dritten zu erörtern [1]), d. h. insbesondere eine allen Umständen gerecht werdende Lösung für die Frage zu finden, wer letzten Endes bei mehrfacher Drittsicherung die Last der Schuld zu tragen hat, falls der Hauptschuldner unfähig ist, die Leistung an den Gläubiger zu bewirken [2]).

Um etwaige Einwände zurückzuweisen, soll zunächst auf folgendes hingewiesen werden. Ein Gläubiger wird sich wohl meistens mit der Bestellung e i n e r, sei es persönlichen, sei es dinglichen Sicherheit für seine Forderung zufrieden geben, ja oft auch im Vertrauen auf den Schuldner auf jegliche Sicherheit verzichten. Aber gerade im Wirtschaftsleben, in der Welt des Kredits kommt es, wie die Erfahrung zeigt, nicht selten vor, daß Gläubiger, wie z. B. Kredit gewährende Bankinstitute, mehrere Sicherheiten verlangen. Denn immerhin ist mit der Möglichkeit zu rechnen, daß eine Sicherung

---

[1]) Diese sollen in Zukunft kurz „Drittsicherer" genannt werden.

[2]) Aber auch bei Zahlungsfähigkeit des Hauptschuldners muß Klarheit darüber bestehen, wer sich bei einer Befriedigung des Gläubigers durch einen der Drittsicherer (Einlösungszahlung) ganz unabhängig von der kraft Gesetzes erworbenen Forderung gegen den Hauptschuldner an den bestehenden Sicherungsrechten schadlos halten kann bzw. wer nicht.

untergeht, indem z. B. ein Bürge in Konkurs gerät oder eine Hypothek oder ein Pfandrecht durch lastenfreien Erwerb eines gutgläubigen Dritten (§ 936 BGB.) erlischt.

Die im Mittelpunkt der Erörterungen stehenden gesetzlichen Bestimmungen finden sich in den §§ 774, 1143, 1225, 412, 401.

Dort wird für die drei Fälle einer Sicherung, der Bürgschaft, der Hypothek und dem Pfandrecht, zum Ausdruck gebracht, daß ein Drittsicherer, der den Gläubiger befriedigt hat, sowohl die Forderung gegen den Hauptschuldner, wie auch alle bestehenden Nebenrechte [3]) erwirbt, mit anderen Worten, daß jener Drittsicherer sich nicht nur als neuer Gläubiger an den Hauptschuldner, der in diesem Falle meistens zahlungsunfähig ist, halten kann, sondern auch die Möglichkeit hat, die übrigen Drittsicherer in Anspruch zu nehmen, um sich auf diesem Wege für den entstandenen Ausfall schadlos zu halten.

In jenen §§ 774, 1143, 1225 wird aber auch bestimmt, daß für die Fälle des Zusammentreffens mehrerer gleichartiger Drittsicherungen der Grundsatz des vollständigen Forderungsüberganges nach den §§ 412/401 keine Anwendung findet, daß vielmehr in diesen Fällen der Mitbürgschaft, der Gesamthypothek und des Vorhandenseins mehrerer Verpfänder auf den befriedigenden Sicherungsverpflichteten neben der Forderung gegen den Hauptschuldner die bestehenden Sicherungsrechte nur dann und nur insoweit übergehen, als dieser einen besonderen Ausgleichsanspruch gegen die anderen Drittsicherer hat.

Für das Zusammentreffen mehrerer ungleichartiger Drittsicherungen (Bürgschaft-Hypothek, Bürgschaft-Pfandrecht) hat aber das Gesetz keine solche ausdrückliche Regelung getroffen. Daher entsteht die Frage, ob für diese Fälle die all-

---

[3]) Auf den gesetzlichen Forderungsübergang (Cessio legis) finden gem. § 412 die Vorschriften der vertraglichen Abtretung, also auch die Bestimmung des § 401 (Übergang der für die Forderung bestehenden Nebenrechte) Anwendung.

gemeinen Regeln anzuwenden sind oder ob jene Ausnahmevorschriften auch hier Geltung haben müssen oder ob aus anderen gesetzlichen Bestimmungen eine besondere Regelung entnommen werden kann.

Aus diesem Grunde soll auch von der Behandlung gleichartiger Drittsicherer und ihrer gegenseitigen Rechtsbeziehungen ausgegangen und dann an Hand der gefundenen Ergebnisse der Versuch gemacht werden, die weit schwierigeren Rechtsverhältnisse bei mehrfacher ungleichartiger Drittsicherung klarzustellen.

Erster Teil

Die Rechtsverhältnisse bei mehrfacher gleichartiger Drittsicherung

I.

§ 2. Die Mitbürgschaft.

1. Die gesetzliche Regelung.

Befriedigt ein „Alleinbürge" den Gläubiger, so gehen auf ihn nach § 774, Abs. 1 die Forderung gegen den Hauptschuldner und nach §§ 412/401 sämtliche noch bestehenden Nebenrechte über.

Befriedigt aber einer von mehreren Mitbürgen den Gläubiger, so findet zwar auch der Forderungsübergang dem Hauptschuldner gegenüber, nicht aber jener volle Übergang der anderen Sicherungsrechte, d. h. besonders der anderen Bürgschaftsrechte, statt.

Denn Mitbürgen haften nach § 769 als Gesamtschuldner, sind also nach § 426, Abs. 1 zu gleichen Anteilen im Innenverhältnis verpflichtet, wobei ausdrücklich in § 774, Abs. 2 gesagt wird, daß § 774, Abs. 1 an § 769 nichts ändert, daß also nicht die Forderung in vollem Umfange mit allen Sicherungsrechten wie beim Alleinbürgen, sondern nur in Höhe des anteilsmäßigen Ausgleichsanspruches gegen die anderen Mitbürgen übergeht.

Daß dies so ist, geht eindeutig aus dem Wörtchen „nur" in § 774, Abs. 2 hervor; nicht nach den §§ 774, Abs. 1/412/401, sondern nur nach § 426, also § 426, Abs. 2 bestimmt sich der Ausgleich unter Mitbürgen.

Trotz dieser klaren Wortfassung sind eine größere Anzahl von Schriftstellern [4]) der Ansicht, § 769 beziehe sich nur auf das Außenverhältnis, die Bestimmung, daß Mitbürgen untereinander nach Kopfteilen haften, ergebe sich lediglich aus § 774, Abs. 2.

Wenn auch diese Ansicht bei der Mitbürgschaft zu dem richtigen Ergebnis führt, so wirkt sie sich doch, wie wir noch sehen werden, unheilvoll aus bei der Regelung des Verhältnisses mehrerer Mitverpfänder zueinander, wo der maßgebende § 1225 auf § 774, Abs. 2 verweist.

Angesichts der deutlichen Sprache des Gesetzes bedarf diese irrige Ansicht keiner weiteren Widerlegung.

Mit der herrschenden Meinung [5]) ist daran festzuhalten, daß in § 769 in erster Linie die Verteilung der Haftungslast unter Mitbürgen geregelt ist und daß § 774, Abs. 2 nur die negative Aufgabe hat, die Bestimmung des § 774, Abs. 1, also den vollen Forderungsübergang für Mitbürgen einzuschränken und der an und für sich in Widerspruch zu § 774, Abs. 1 stehenden Regelung des § 426, Abs. 2 (Übergang der Sicherungsrechte nur soweit eine Ausgleichspflicht besteht) zur Anwendung zu verhelfen.

2. Die Ansicht von Kremer-Boethke.

Wenn auch im Endergebnis, trotz verschiedener Auslegung des Gesetzes, heute Einigkeit in Literatur und Rechtsprechung darüber besteht, wie die Rechtsbeziehungen unter Mitbürgen sich gestalten, so mag doch kurz die jetzt in allen Punkten widerlegte Auffassung von Kremer und Boethke [6]) erwähnt werden, zumal sie einmal viel Streit entfacht hat. Nach dieser Anschauung findet der Abs. 2 von § 426 auf Mitbürgen keine

[4]) Emmerich, Anm. 562; Schulz, S. 44, 45, 66; Koban, S. 173, und andere, die im Laufe der Erörterung noch Erwähnung finden werden.

[5]) Sternberg, S. 546; Braun-Melchior, S. 189; Bendix, S. 92; Planck, Erl. 2c zu § 1225; Ennecerus, § 414 I 3; RGRK., Erl. zu § 1225; OLG. Zweibrücken, Bay. Z. 1912, S. 364. Abweichend merkwürdigerweise das Reichsgericht in RGZ. 76/195.

[6]) Kremer, S. 185 ff. u. 203 ff. Boethke, S. 857 ff.

Anwendung, die Forderung geht auf den Zahlenden in vollem Umfange, also nach den §§ 412/401 über, wobei aber die anderen Mitbürgen sich in Form einer Einwendung auf den geringeren Umfang ihrer Haftung, auf § 769 berufen können.

Kremer sagt: „Es müssen mit der Hauptforderung nach den §§ 774, Abs. 1, 412, 401 alle Nebenrechte schon dem Begriffe nach übergehen, und zwar ausnahmslos und ohne Einschränkung. Es wäre auffallend, wenn dieser regelmäßig stattfindende Übergang der Nebenrechte, um dessentwillen doch gerade die Bestimmung des § 774, Abs. 1 getroffen ist, hier ausnahmsweise eingeschränkt sein sollte."

Um es an einem Beispiel zu erläutern: Hat sich A und B für eine Schuld des H in Höhe von 500.— verbürgt und befriedigt A den Gläubiger, dann kann er nach richtiger Ansicht von H 500.— und von B im Falle einer Zahlungsunfähigkeit des H nur 250.— verlangen, da er 250.— selbst zu tragen hat; nach Kremer-Boethke kann A von B die vollen 500.— verlangen, und seine Forderung ist nur mit einer Einwendung behaftet.

Hätten Kremer-Boethke recht, dann wäre doch der § 774, Abs. 2 überflüssig, da sich die Anwendbarkeit des § 426, Abs. 1 auf Mitbürgen [7]) schon aus § 769 ergibt [8]). Es fragt sich nun, inwieweit diese durch das Gesetz geschaffene Rechtslage unter Mitbürgen durch vertragliche Vereinbarung einer Änderung unterzogen werden kann.

3. Abweichungen von der gesetzlichen Regelung.

Wenn Dähne [9]) behauptet, das Rechtsverhältnis unter Mitbürgen könne weder durch den Gläubiger noch durch einen der Mitbürgen beeinflußt werden, denn schließe z. B. der Gläubiger mit einem Mitbürgen einen persönlichen Erlaß-

[7]) Vgl. Sternberg, S. 547.

[8]) Daß auch die Entstehungsgeschichte des BGB. gegen jene Ansicht spricht, wird von Bendix, S. 86 u. Tasse, S. 20 nachgewiesen.

[9]) Dähne, S. 52 ff.

vertrag, so befreie dies den betreffenden Mitbürgen keineswegs von der Haftung für den auf ihn entfallenden Anteil gegenüber den anderen Mitbürgen, so scheint er den wichtigen § 776 falsch verstanden oder übersehen zu haben. Denn gerade in diesem Paragraph, dessen entscheidende Bedeutung sich noch erweisen wird, läßt das Gesetz den Bürgen insoweit frei werden, als der Gläubiger ein Recht aufgibt, aus dem der Bürge nach § 774, also auch nach Abs. 2 hätte Ersatz verlangen können. Werden aber die übrigen Mitbürgen in Höhe ihrer Ausgleichsforderung gegen den befreiten Mitbürgen selbst auf Grund von § 776 dem Gläubiger gegenüber frei, so können sie auch von dem ausgeschiedenen Mitbürgen keinen Ersatz mehr verlangen, vielmehr wird dieser auch ihnen gegenüber endgültig frei [10]).

Aber nicht nur in dieser Form kann sich das Rechtsverhältnis unter Mitbürgen durch Handlungen der Beteiligten ändern, sondern ein Mitbürge kann auch der Regelung der §§ 769/774/2 dadurch aus dem Wege gehen, daß er bei Übernahme der Bürgschaft diese durch vertragliche Vereinbarung mit dem Gläubiger auf einen Höchstbetrag beschränkt. Eine solche Vereinbarung schützt den betreffenden Mitbürgen davor, von dem Gläubiger oder auch einem Mitbürgen im Rückgriffswege in stärkerem Maße in Anspruch genommen zu werden als bis zur Höhe der Haftsumme, auch wenn diese geringer ist als der auf ihn nach den §§ 769/774/2, 426/2 entfallende Anteil.

Haben sich aber mehrere Bürgen nur bis zu einer bestimmten Höchstgrenze dem Gläubiger gegenüber verpflichtet, so finden die Vorschriften über die Mitbürgschaft eben nur insoweit Anwendung, als ein Gesamtschuldverhältnis besteht, d. h. als die einzelnen Höchstbeträge sich decken, z. B.:

A hat sich für 600.—, B für 1200.—, C für die gesamte Schuld von 2400.— verbürgt. Zwischen A, B, C besteht Mit-

[10]) Wird dagegen ein Mitbürge durch Konfusion zum Gläubiger, so bleibt der Anspruch der anderen Mitbürgen gegen ihn (§§ 769, 774/2, 426/2) natürlich bestehen.

bürgschaft, also Ausgleichspflicht nur in Höhe von 600.—, zwischen B und C für weitere 600.—, die restlichen 1200.— hat C als Alleinbürge zu tragen. Befriedigt C demnach den Gläubiger in vollem Umfange, dann kann er von A = 600 : 3 = 200.—, von B = (600 : 3) + (600 : 2) = 500.— verlangen. Die übrigbleibenden 1700.— hat er selbst zu tragen, es sei denn, es gelingt ihm vom Hauptschuldner, dessen Gläubiger er jetzt ist, Ersatz zu erlangen [11]).

Haben sich dagegen mehrere Bürgen für verschiedene Teile einer Hauptschuld oder sogar für verschiedene Hauptverbindlichkeiten verpflichtet, dann kann kein Mitbürgen-Verhältnis entstehen, also auch kein Ausgleich stattfinden, wenigstens nicht kraft Gesetzes.

Zu erwähnen ist noch ganz kurz ein vom Reichsgericht entschiedener Fall [12]), wo §§ 769, 774, Abs. 2 aus inneren Gründen nicht angewandt werden kann, obwohl nichts Gegenteiliges ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart worden ist: Haben sich nämlich mehrere Gesellschafter einer G. m b. H. für eine Gesellschaftsschuld verbürgt, so kann man nach dem Gesellschaftsvertrage annehmen, daß die einzelnen Mitbürgen hier nicht nach Kopfteilen, sondern nach dem Verhältnis ihrer Geschäftsanteile untereinander verpflichtet sind [13]).

II.

§ 3. Die Gesamthypothek.

1. Die gesetzliche Regelung.

Haben mehrere Grundstückseigentümer, ohne persönliche Schuldner zu sein, ihre Grundstücke zur Sicherung einer Forderung mit einer Gesamthypothek belastet, d. h. dem

[11]) Vgl. Planck, 2/2, S. 458.

[12]) RGZ. Bd. 88, S. 122.

[13]) Über die Frage, ob Mitbürgen, welche Gläubiger geworden sind, eine vollstreckbare Ausfertigung nach § 727 ZPO. verlangen können, auch wenn das Urteil nur vorläufig vollstreckbar ist, ist die Entscheidung des OLG. Hamburg 1907, OLG. Bd. 18, S. 44 nachzulesen.

Gläubiger das Recht eingeräumt, sich aus jedem Grundstück in voller Höhe der Forderung, im ganzen aber nur einmal zu befriedigen, so regeln sich die Rechtsbeziehungen, also insbesondere die Verteilung der Haftungslast unter diesen Drittsicherern folgendermaßen:

Nach § 1143, Abs. 1 geht auf einen Grundstückseigentümer, der, ohne persönlicher Schuldner zu sein, den Gläubiger befriedigt hat, die Forderung gegen den Hauptschuldner mit allen bestehenden Nebenrechten (§§ 412/401) über. Die Bestimmung findet aber nach § 1143, Abs. 2 für die Gesamthypothek keine Anwendung.

Vielmehr erwirbt der befriedigende Eigentümer nach § 1143, Abs. 2/1173, Abs. 1 zwar die Forderung gegen den Hauptschuldner, auch die Hypothek an seinem eigenen Grundstück als Eigentümerhypothek, aber die Hypotheken an den anderen Grundstücken erlöschen nach § 1173, Abs. 1, es sei denn, daß dieser Drittsicherer einen auf einem besonderen, internen Rechtsverhältnis beruhenden Ausgleichsanspruch gegen einen oder alle Drittsicherer hat; dann allerdings erwirbt er die Sicherungsrechte in Höhe seines Ausgleichsanspruchs gem. § 1173, Abs. 2.

Wir treffen hier demnach eine ähnliche Regelung wie bei der Mitbürgschaft, insofern als auch hier der Grundsatz des Forderungsüberganges mit allen Sicherungsrechten auf den befriedigenden Drittsicherer (§§ 412, 401) durchbrochen wird. Die Sicherungsrechte gehen auch hier nur dann und insoweit über, als ein besonderer Ausgleichsanspruch besteht, Während dieser aber bei der Mitbürgschaft vom Gesetz (§ 769) angeordnet wird, kann er bei der Gesamthypothek sich nur auf ein besonderes Rechtsverhältnis stützen.

Auf die Frage, warum denn hier nicht dieselbe Regelung wie bei der Mitbürgschaft getroffen worden ist, zumal doch auch hier sich mehrere gleichartige Drittsicherer zur Deckung einer fremden Schuld zusammenfinden, ist zu antworten [14]):

[14]) Auf diese Frage wird weiter unten S. 52 f. noch näher einzugehen sein.

Ein gesetzlicher Ausgleich nach Kopfteilen konnte schon deswegen hier nicht bestimmt werden, weil sich ein Gesamtschuldverhältnis unter den wechselnden Eigentümern verschiedener Grundstücke einfach nicht halten läßt [15]), weil außerdem sich der Ausgleich sehr schwierig gestalten würde [16]), weil man endlich hier keine andere Regelung haben wollte, wie im Falle der Zwangsversteigerung, wo die Hypotheken auch erlöschen [17]).

Übrigens war man sich auch völlig klar darüber, daß bei anderer Lösung der zahlende Eigentümer zuerst seine Hypothek löschen und sich dann an die anderen Eigentümer halten könnte, m. a. W. den nachfolgenden Rückgriff gegen ihn verhindern könnte.

Auf den Einwand aber, dann hätte man doch in § 1143, Abs. 2 auch auf § 774, Abs. 2 verweisen können, wie dies bei Mitverpfänder in § 1225, S. 2 geschehen ist, kann entgegnet werden, daß dies der größeren Deutlichkeit willen, wie sie besonders im Hypothekenrecht erforderlich ist, zugunsten einer klaren Vorschrift in § 1173 unterlassen wurde [18]).

2. Ablehnung der Ausgleichslehre.

Obwohl nun klar nach dem Wortlaut des Gesetzes die Hypotheken an den anderen Grundstücken erlöschen und nur die Hypothek des zahlenden Eigentümers auf ihn selbst übergeht, außerdem noch in § 1173, Abs. 2 deutlich gesagt wird, daß nur dann die Hypothek an einem der anderen Grundstücke übergeht, wenn ein besonderer Ersatzanspruch da ist, haben doch einige Schriftsteller [19]), entgegen der herr-

---

[15]) Vgl. Prot. III, S. 634/35, wo dies eifrig erwogen worden ist.
[16]) Vgl. Mot. 3, S. 685/686.
[17]) Vgl. Hachenburg, S. 628 ff.; Dernburg, III, § 231, IV.
[18]) Siehe Bendix, S. 89.
[19]) Insbesondere Oellers, S. 59 ff.; Schulz, S. 71; Breit, S. 293; Evers, S. 33; Schmidt, S. 98 f.

schenden Ansicht [20]), dem § 1173 eine andere Bedeutung beizulegen versucht.

Diese Schriftsteller wollen auch bei der Gesamthypothek dem Gesetz eine ausgleichmäßige Regelung entnehmen.

So behauptet Schulz a. a. O., das Prinzip des anteiligen Ausgleichs sei so allgemein gültig, daß es in § 1173 nicht mehr besonders erwähnt zu werden brauchte, dieser Paragraph handele auch nicht vom „Regreß zwecks Ausgleichung" (Rechtsbeziehungen unter mehreren Sicherungspflichtigen), sondern nur vom „Regreß auf Grund Erfüllung fremder Verbindlichkeiten" (Rückgriff gegen den persönlichen Schuldner); m. a. Worten: § 1173 trete nur in Kraft, wenn einer der Grundstückseigentümer auch persönlicher Schuldner sei, nicht aber komme er für den Fall in Betracht, daß alle Grundstückseigentümer „Drittsicherer" seien.

Hätte Schulz mit seiner Beweisführung recht, dann wäre der § 1173 vollständig überflüssig, da sich der Rückgriff gegen den persönlichen Schuldner schon aus § 1143 ergibt.

Schmidt dagegen a. a. O. glaubt seine Ansicht, daß mehrere Sicherungsverpflichtete als unechte Gesamtschuldner nebeneinander stehen und deshalb zum Ausgleich verpflichtet sind, auch für den Fall der Gesamthypothek trotz und gerade wegen § 1173 hochhalten zu müssen.

Seine Beweisführung bedarf keiner ausdrücklichen Widerlegung, sie ist unhaltbar:

Die Ausnahme des § 1173, Abs. 2 sei in Wahrheit die Regel, das komme im BGB. öfters vor, so z. B. auch in § 101, Ziff. 2. Es geht entschieden zu weit, einen undeutlich gefaßten Paragraphen dazu benutzen zu wollen, den Willen des Gesetzes in sein Gegenteil zu verkehren.

Auf die Meinung Oellers a. a. O., die Hypothek sei nicht rein dinglich, daher könne sehr wohl ein Gesamtschuldverhältnis bestehen, soll erst später eingegangen werden, hier

---

[20]) h. L. RGRK., § 1143, Anm. 8 u. § 1173, Anm. 3; Staudinger, § 1173, I, 1 u. 2; Planck, § 1173, Anm. 3 u. 4; Sternberg, S. 548, Anm. 9; Strohal II, S. 88; Braun-Melchior, S. 189/190; Tasse, S. 34 ff.

sei nur grundsätzlich gesagt, daß diese Auffassung dem Wesen des Pfandrechts gänzlich widerspricht [21]).

Selbst M. Wolff [22]), der in allen anderen Fällen den Ausgleich unter mehreren Drittsicherern kraft Gesetzes annimmt, erkennt bei der Gesamthypothek, veranlaßt durch die klare Sprache des Gesetzes, die Regreßlosigkeit an: „Ob ein solcher Ersatzanspruch besteht, entscheidet sich nur aus dem zwischen den Eigentümern etwa bestehenden, obligatorischen Rechtsverhältnisse, die Tatsache aber, daß ihre Grundstücke gesamthypothekarisch haften, begründet keine Ersatzpflicht, die Gesamthypothek ist an sich regreßlos."

3. Die Bedeutung des § 1173.

Um die Rechtslage bei der Gesamthypothek zu veranschaulichen, soll im Anschluß an Strohal [23]) an Hand eines Beispieles der Sinn und die Wirkung des § 1173 erläutert werden:

Der persönliche Schuldner S hat dem Gläubiger G an seinen zwei Grundstücken zur Sicherung der Forderung eine Gesamthypothek in Höhe der Schuld bestellt. Dann veräußert er das eine Grundstück an A, danach das andere an B; dadurch ändert sich natürlich an der Gesamthypothek nichts, andererseits aber ist S auch persönlicher Schuldner geblieben, A und B haben also die Schuld nicht übernommen.

Hier sind A und B nicht ausgleichspflichtig im Sinne von § 1173, Abs. 2. Vielmehr ist folgende Rechtslage gegeben: Obwohl keine gesetzliche Rückgriffsmöglichkeit besteht, erwirbt der den Gläubiger befriedigende A trotzdem neben der Forderung, neben der Hypothek an seinem Grundstück auch die Hypothek an dem Grundstück des B, weil er dem Rechtsvorgänger des B, dem S gegenüber nicht nur ausgleichsberechtigt ist, sondern auch schon zur Zeit der Veräußerung des Grundstückes an B gewesen ist.

[21]) S. 44 f.
[22]) § 148, IV, und Anm. 22.
[23]) Strohal II, S. 88 ff.

A darf dadurch keinen Schaden erleiden, daß S an B veräußert hat, er muß sich genau so wie im Falle einer Nichtveräußerung an dem Grundstück schadlos halten können.

Daß B dem A nicht im Sinne von § 1173, Abs. 2 ausgleichspflichtig ist, kann man eindeutig dann sehen, wenn der Gläubiger das Grundstück freigibt, die Löschung der Hypothek zuläßt. Dadurch wird die Haftung des Grundstückes A nicht berührt, obwohl dem A seine Rückgriffsmöglichkeit entzogen ist, weil es für dingliche Drittsicherer keinen dem § 776 entsprechenden Satz gibt[24]); der Gläubiger braucht dem A keinen Ersatz zu leisten, kann sich aber andererseits restlos aus dem Grundstück A befriedigen. Da B nicht persönlicher Schuldner ist, hat A auch keinen persönlichen Ausgleichsanspruch gegen B, vielmehr hat er diesen nach wie vor nur gegen S, wie es genau so wäre, wenn der Gläubiger die Hypothek am Grundstück 2 schon vor der Veräußerung an B zur Löschung gebracht hätte.

III.

§ 4. Das Zusammentreffen mehrerer Pfandrechte.

1. Das Problem.

Während die bisher behandelten Fälle der Mitbürgschaft und der Gesamthypothek durch klare Bestimmungen des Gesetzes geregelt sind, ist dies bei dem Zusammentreffen mehrerer Mitverpfänder nicht so sehr der Fall, wenn man auch bei richtiger Auslegung zu einem dem Willen des Gesetzes entsprechenden Ergebnis kommt.

§ 1225, Abs. 1 bestimmt — genau so wie §§ 774/1, 1143/1 für Bürge und Grundstückseigentümer —, daß ein Verpfänder, der nicht zugleich persönlicher Schuldner ist, mit der Befriedigung des Gläubigers durch ihn die Forderung gegen

[24]) Wohl gibt es eine dem § 776 entsprechende Bestimmung für den persönlichen Schuldner in § 1165.

den Hauptschuldner und nach §§ 412/401 die dafür bestehenden Nebenrechte erwirbt.

Für das Verhältnis mehrerer Mitverpfänder zueinander verweist nun § 1225, S. 2 auf § 774, aber nicht wie § 1143, Abs. 2 nur auf § 774, Abs. 1, sondern auf den ganzen Paragraphen, also auch auf den für Mitbürgen geltenden Abs. 2.

Diese Verweisung auf eine verschieden ausgelegte Bestimmung wurde nun zum Anlaß für viele Streitigkeiten in der Literatur, die auch heute noch nicht beigelegt sind, zumal das Reichsgericht noch nicht zu dieser Frage in einer grundlegenden Entscheidung Stellung genommen hat.

Welche Bedeutung hat diese Verweisung? Warum wird in § 1143, Abs. 2 nur auf § 774, Abs. 1, in § 1225, S. 2 aber auf § 774, Abs. 1 und 2 verwiesen?

Will § 1225, Abs. 2 sagen, daß die Mitverpfänder wie Mitbürgen einander ausgleichspflichtig sind oder daß im Gegenteil überhaupt keine gesetzliche Ausgleichspflicht besteht?

Ist vielleicht unter der Verweisung auf § 774 nur der Abs. 1 zu verstehen, da Abs. 2 hier nicht zur Anwendung kommen kann, m. a. W. vollzieht sich hier nach dem allgemeinen Grundsatz der §§ 412/401 ein Forderungsübergang in vollem Umfange mit allen bestehenden Nebenrechten, so daß der zuerst Zahlende sich im Wege des Rückgriffs gegen die übrigen Drittsicherer befreien, schadlos halten kann?

2. Die verschiedenen Ansichten in der Literatur.

Zu diesem letzteren Ergebnis gelangte besonders eine ältere, jetzt widerlegte Theorie [25]), indem sie die Verweisung auf den ganzen § 774 für ein Redaktionsversehen hielt und sich zur Rechtfertigung ihrer immerhin kühnen Ansicht auf die Redaktionsgeschichte berief.

---

[25]) Biermann, Anm. 1 zu § 1225; Endemann II, § 141, Anm. 12.

Man ist sich heute aber darüber einig, daß diese Redaktionsgeschichte keinen Anlaß zu jener Annahme bietet [26]).

Zu der Lösung, daß der befriedigende Drittsicherer im Wege des Rückgriffs gegen die anderen Mitverpfänder den Schaden von sich abwälzen kann, kommt als einziger heute noch Planck [27]), allerdings auf anderem Wege als die obige Lehre:

„Die Rechtsverweisung auf Abs. 2, § 774, die gegenüber dem Abs. 1 des Bürgschaftsrechts wohl angebracht ist, wenn auch nicht unbedingt notwendig, wird hier gegenstandslos. Das Ergebnis ist, daß im Verhältnis der mehreren Verpfänder einerseits keine Ausgleichungspflicht besteht, andererseits auch die Konsequenz des in § 1225, S. 1 liegenden Rückgriffes des Zahlenden auf die anderen Pfänder nicht ausgeschlossen worden ist. Wenn nach dem Willen des Gesetzes bei der Gesamthypothek die beiden Grundstückseigentümer in ihrem endgültigen Schicksale ganz von dem freien Belieben des Gläubigers abhängig gemacht sind, so ist es doch nicht im mindesten ungerechter, wenn in unserem Falle nicht dem einen oder dem anderen der beiden Pfandeigentümer, sondern gleichmäßig einem jeden von ihnen die Möglichkeit belassen wird, das Schicksal dadurch von sich abzuwenden, daß er dem anderen in dem, wozu sie gleichmäßig verpflichtet sind, zuvorkommt.

Warum sollte nicht, wie so oft im Leben, nach Recht und Gesetz auch derjenige zuerst malen, der zuerst kommt?"

So überzeugend diese Worte auch klingen mögen, so kann ihnen doch nicht gefolgt werden, nicht nur aus den schon erwähnten gesetzlichen, sondern auch aus sonstigen Gründen.

Was wäre die Folge einer solchen Regelung?

Die einzelnen Verpfänder würden einen unmöglichen Wettlauf veranstalten, jeder würde natürlich versuchen, den Gläubiger zuerst zu befriedigen, weil dies die Möglichkeit mit sich

---

[26]) Vgl. besonders Braun-Melchior, S. 194 und Tasse, S. 28 über diese Redaktionsgeschichte.

[27]) Planck, III, zu § 1225, S. 1195.

brächte, ohne Schaden davonzukommen, ja nicht nur dies, jeder Verpfänder würde mit allen nur möglichen Mitteln auf den Gläubiger einwirken, gerade von ihm die Befriedigung hinzunehmen, wobei es sehr leicht zu unlauteren Machenschaften kommen könnte.

Das kann der Wille des Gesetzes nicht sein.

So ist man sich denn auch heute allgemein darüber einig, daß der § 1225, S. 2 für das Rechtsverhältnis unter Mitverpfändern auf § 774, Abs. 2 verweist, daß also hier nicht die Bestimmung des § 774, Abs. 1, d. h. voller Forderungsübergang mit allen Nebenrechten (§§ 412/401) auf den befriedigenden Drittsicherer zur Anwendung kommen kann, zumal ja auch aus der Wortfassung des § 1225 nicht zu entnehmen ist, daß für Mitverpfänder §§ 774, Abs. 1, 412, 401 gelten sollen. Denn der § 1225 lautet:

„Ist der Verpfänder nicht der persönliche Schuldner, so geht, soweit er den Pfandgläubiger befriedigt, die Forderung auf ihn über. Die für einen Bürgen geltenden Vorschriften des § 774 finden entsprechende Anwendung."

Da aber, wie wir bei der Mitbürgschaft schon gesehen haben [28]), die Bestimmung des § 774, Abs. 2 verschieden ausgelegt wird, über ihre Bedeutung Uneinigkeit besteht, zerfallen die Meinungen in zwei große Gruppen, von denen die eine glaubt, aus dem Gesetz die Festsetzung einer anteiligen Ausgleichspflicht unter Mitverpfändern entnehmen zu können, indem sie dem § 774, Abs. 2 die Bedeutung des § 769 beilegt, während die andere von dem wahren Sinn des § 774, Abs. 2 ausgeht und daher zu dem Ergebnis gelangt, daß wie bei der Gesamthypothek so auch in dem zweiten Falle des Zusammentreffens mehrerer dinglicher Drittsicherungen keine Ausgleichspflicht kraft Gesetzes besteht, demnach auch die Sicherungsrechte grundsätzlich nicht auf den befriedigenden Verpfänder übergehen, daß vielmehr ein Ausgleich nur auf Grund eines besonderen Rechtsverhältnisses stattfinden kann.

[28]) Vgl. S. 11 f.

Betrachten wir die beiden Lehrmeinungen genauer, so zeigt sich, daß die erstere Ansicht, die man kurz als Ausgleichslehre bezeichnen kann, zu ihrer Lösung auf zwei verschiedenen Wegen gelangt.

So stehen besonders Cohn, Schulz, Oellers [29]) auf dem Standpunkt [30]), das Pfandrecht sei kein absolut dingliches Recht, trage sowohl obligatorische als auch dingliche Merkmale an sich, der Verpflichtete hafte nicht nur mit der Sache, sondern er sei auch verpflichtet, den Gläubiger, allerdings nur aus der verpfändeten Sache, zu befriedigen, ihm zu leisten, ganz gleich, ob man das Einlösungszahlung oder sonstwie nenne.

Die Verpflichtung bestehe genau so, wie die des Hypothekenschuldners, wo es in § 1113 ausdrücklich gesagt sei, es hätte beim Pfandrecht keiner Wiederholung mehr bedurft. Wären aber mehrere Mitverpfänder zu einer gleichen Leistung, und zwar jeder auf die ganze Leistung verpflichtet, so seien sie nichts anderes wie Gesamtschuldner im Sinne von § 421, so seien die Mitverpfänder nach § 426 einander zum Ausgleich verpflichtet, die Nebenrechte gingen auf den zahlenden Mitverpfänder zwar nicht, wie §§ 412/401 es wollen, in vollem Umfange über, wohl aber in Höhe seiner Ausgleichsforderung.

Ganz unabhängig davon, ob das Ergebnis der Ausgleichslehre zu billigen ist, muß jedenfalls dieser eben gezeigte Weg abgelehnt werden, da er sich für seine Beweisführung eine vollkommen abwegige Auffassung von dem Wesen eines Pfandrechtes zu eigen macht. Es mag als Vertreter der richtigen Ansicht von dem Begriffe eines Pfandrechtes M. Wolff erwähnt werden [31]), der an Hand besonders von § 1134 klar und deutlich nachweist, daß das Pfandrecht ein rein dingliches Recht ist; denn es verleihe „eine rechtliche Herrschaft

[29]) Cohn, S. 412; Schulz, S. 67; Oellers, S. 36 ff.

[30]) Auf diese irrige Ansicht soll weiter unten, S. 42 f., bei dem Zusammentreffen mehrerer ungleichartiger Drittsicherungen ausführlich eingegangen werden, hier sei nur das Notwendigste gesagt.

[31]) § 131, S. 467.

an der Sache selbst und Ansprüche gegen jedermann auf Unterlassung einer Sachverschlechterung, durch die jene Herrschaft verletzt würde; das Verwertungsrecht werde also nicht dadurch verwirklicht, daß der Eigentümer dem Pfandberechtigten eine Geldleistung mache, durch eigene Handlung vielmehr verschaffe sich der Pfandberechtigte den Betrag, der ihm gebühre."

Die anderen Vertreter [32]) der Ausgleichslehre gehen von der schon bei Behandlung der Mitbürgschaft als unrichtig erkannten Auffassung aus, der § 774, Abs. 2 begründe durch seine Verweisung auf § 426 die Ausgleichspflicht unter Mitbürgen; wenn also § 1225, S. 2 auf § 774, Abs. 2 verweise, so könne das nicht anders verstanden werden, als daß unter Mitverpfändern ebenso wie unter Mitbürgen ein Ausgleich im Sinne von § 426, also nach Kopfteilen, stattzufinden habe.

Wie bereits oben dargelegt ist [33]), beruht diese Beweisführung auf einer falschen Auslegung des Gesetzes, da nicht in § 774, Abs. 2, sondern schon in § 769 der Ausgleich unter Mitbürgen bestimmt wird, und § 774, Abs. 2 nur einschränkend wirken soll gegenüber § 774, Abs. 1, dem zu Folge unter Ausschluß von § 426, Abs. 2 der Grundsatz der §§ 412/401 voll zur Anwendung kommen würde.

Bleibt aber für die Ausgleichslehre keine Möglichkeit, ihre Behauptung, Mitverpfänder seien einander kraft Gesetzes ausgleichspflichtig, in Übereinstimmung mit dem Gesetze zu begründen, so kann sie auch nicht aufrechterhalten werden, zumal auch schon die Einstehungsgeschichte des § 1225 gegen diese Meinung spricht [34]).

---

[32]) Emmerich, S. 519; Wandel, S. 32; Dähne, S. 82 ff.; Martinius, S. 543; Staudinger, § 1225, Anm. 2 b; Warneyer, § 1225; Wolff, § 160, III; Bendix, S. 89 ff.; Koban, S. 199 ff.; Breit, S. 292; Schmidt, S. 96; Ennecerus, § 414, I, 3; Biermann, Sachenrecht, S. 225, Anm. 1 b überläßt es dem Reichsgericht, diese Frage zu entscheiden.

[33]) Vgl. S. 12 insbes.

[34]) Vgl. Mot. II, S. 667; Material., II, S. 1027, III, S. 925; insbesondere aber Braun-Melchior, S. 194 f., wo die Entstehung des § 1225 ausführlich und gut dargelegt ist.

Außerdem taucht aber, genau so wie bei der Gesamthypothek, die Frage auf, wie dieser Ausgleich unter Mitverpfändern überhaupt vor sich gehen solle, welcher Verteilungsmaßstab angelegt werden müßte, um eine gerechte Regelung zu treffen. Denn während Mitbürgen immerhin bestimmte Leistungen schulden, haften doch die Mitverpfänder nur mit ihren verpfändeten Sachen, die ganz verschiedene Werte darstellen können [35]).

3. Die gefundene Lösung.

Es ergibt sich demnach, daß ein Ausgleich unter Mitverpfändern unmöglich vom Gesetz beabsichtigt sein kann, daß unter Mitverpfändern eine gesetzliche Ausgleichspflicht, in welcher Form auch immer sie vorgeschlagen wird, so wenig vorhanden ist wie bei der Gesamthypothek, wenn es auch dort durch § 1173 deutlicher zum Ausdruck gekommen ist, als in § 1225 und seiner Verweisung auf das Bürgschaftsrecht.

Warum sollten auch Mitverpfänder gegenüber den Grundstückseigentümern bei der Gesamthypothek bevorzugt werden, wo sie doch in gleicher Weise über ihre Gegenstände zugunsten eines Dritten, des Gläubigers, verfügt haben.

Daß aber Mitbürgen eine bessere Stellung als dingliche Drittsicherer haben, ist schon deswegen verständlich, weil sie noch nicht verfügt, sondern sich erst zu einer Leistung verpflichtet haben.

Von dieser Erwägung gehen auch die Vertreter [36]) der zweiten Lehre aus, die unter Beachtung aller vorhandenen

[35]) Diese Schwierigkeiten versuchte das OLG. Hamburg (Hans. Ger.-Ztg. 1920/227), sowie Martinius, S. 543 zu umgehen, indem sie nicht Ausgleich nach § 426, sondern nur „in Höhe des am wenigsten wertvollen Pfandes", ähnlich der Regelung bei auf Höchstsummen beschränkten Mitbürgschaften, zulassen oder den Ausgleichsmaßstab nach dem Wertverhältnis der verschiedenen Sachen bestimmen wollten.

[36]) Sternberg, S. 549/50; Strohal II, S. 94 ff.; RGRK., Erl. zu § 1225; Braun-Melchior, S. 182, 196; Tasse, S. 32/33; Merländer, S. 52; Dorst, S. 67.

Bedenken zu der m. E. richtigen, vom Gesetz gewollten Lösung kommen:

Unter Mitverpfändern findet eine gesetzliche Ausgleichung im Falle einer Befriedigung des Gläubigers durch einen der Mitverpfänder nicht statt, der in Anspruch genommene Drittsicherer hat die Last der Schuld zu tragen, falls er vom Hauptschuldner keinen Ersatz verlangen kann oder keinen besonderen Ausgleichsanspruch gegen die anderen Mitverpfänder hat.

Um diese Ansicht auch gesetzlich einwandfrei zu begründen, ist von der richtigen Bedeutung des § 774, Abs. 2 auszugehen. § 774, Abs. 2 begründet durch sein Heranziehen des § 426 nicht die Ausgleichspflicht unter Mitbürgen, die schon in § 769 bestimmt ist, sondern er schließt gerade im Gegenteil für Mitbürgen den Regreß im Sinne von §§ 774, Abs. 1, 412, 401 aus und sagt demnach, daß die Sicherungen nach §§ 412, 401 nur insoweit übergehen, als eine Ausgleichspflicht besteht.

Während diese nun für Mitbürgen in § 769 vorgeschrieben ist, fehlt es für Mitverpfänder an einer solchen Bestimmung. Zu einer analogen Anwendung des § 769 aber ist keine Berechtigung vorhanden.

Diese Lösung erscheint mir auch gerecht zu sein. Ist sich doch der Verpfänder bei der Belastung seiner Sache der Tatsache voll bewußt, daß das Pfand möglicherweise vom Gläubiger zu seiner Befriedigung verwertet wird, und steht es ihm doch jederzeit frei, nur unter der Bedingung in die Verpfändung einzuwilligen, daß im Falle einer Inanspruchnahme eine Ausgleichung unter den vorhandenen Mitverpfändern stattfindet.

Schon gar nicht ist einzusehen, warum ein Pfandeigentümer, der bei der Verpfändung von der Existenz anderer Pfandrechte keine Kenntnis hatte, plötzlich daraus einen Vorteil für sich herleiten soll, wo er doch einwandfrei den Willen kundgetan hat, seine Sache für die Befriedigung des Gläu-

bigers bereitzuhalten und, wenn notwendig, auch hinzugeben [37]).

Allerdings ist es mir nicht möglich, dieser an und für sich richtigen Lehre ohne Bedenken zu folgen:

Wenn nämlich im Verlauf der Erörterung die Ansicht Plancks, dem in Anspruch genommenen Mitverpfänder über §§ 774, Abs. 1, 412, 401 die Möglichkeit zu geben, sich an den noch bestehenden Pfandrechten schadlos zu halten, mit der Begründung abgelehnt worden ist, das würde einen Wettlauf zur Folge haben, jeder Verpfänder würde versuchen, den Gläubiger vor den anderen Mitverpfändern befriedigen zu können, so kann doch auch hier die Gefahr nicht übersehen werden, daß ein Mitverpfänder, um sich vor größerem Schaden zu bewahren, den Gläubiger z. B. durch Anbieten einer „Belohnung" dazu bewegt, sich an einen der anderen verpfändeten Gegenstände zu halten, ihn aber und sein Pfand zu schonen.

Doch kann zugunsten der hier angenommenen Meinung angeführt werden, daß der eben geschilderte Fall viel weniger im Bereiche der Möglichkeit steht, d. h. zum Erfolg, der Beeinflussung des Gläubigers, führt, da es viel leichter sein dürfte, den Gläubiger zur Annahme einer vollen Ersatzleistung zu bewegen, als ihn durch Anbieten einer kleinen „Belohnung", die mehr Nachteile als Vorteile mit sich bringen kann, zu veranlassen, von einer Inanspruchnahme abzusehen, das betreffende Pfand frei zu geben. Denn hat der Gläubiger einmal den Verpfänder aus seiner Haftung entlassen, so kann er auch nicht mehr auf ihn zurückgreifen, wenn er aus den übrigen Sicherheiten durch einen unvorhergesehenen Umstand (z. B. Untergang eines Pfandrechtes durch lastenfreien Erwerb eines gutgläubigen Dritten nach § 936 BGB. oder Untergang der Pfandsache) nicht den vollen, ihm zustehenden Betrag erlangen kann.

---

[37]) Über die Regelung des Falles, wo der zahlende Verpfänder nicht Eigentümer der Pfandsache ist, vgl. Sternberg, S. 551/52; Dorst, S. 70 ff.; Tasse, S. 33 f.

Die Möglichkeit einer unlauteren Beeinflussung des Gläubigers nach der einen oder anderen Seite hin ganz zu beseitigen, wird wohl nicht gelingen, zumal es bei dem Zusammentreffen mehrfacher dinglicher Drittsicherung an einer Schutzvorschrift, wie der des § 776 für die Mitbürgschaft, fehlt. So müssen wir uns damit begnügen, eine Lösung gefunden zu haben, die auf der einen Seite dem Willen des Gesetzes entspricht, was bei der Ausgleichslehre eben nicht der Fall ist, die aber auch eine möglichst einwandfreie Regelung zuläßt.

IV.

§ 5. Das Zusammentreffen von Hypothek und Pfandrecht.

Zu den Fällen mehrfacher gleichartiger Drittsicherung kann auch das Zusammentreffen von Hypothek und Pfandrecht gerechnet werden, zumal es sich hier um Sicherheiten gleicher, nämlich dinglicher Natur handelt.

Gerade aus diesem letzteren Grunde muß man auch hier, wie bei Gesamthypothek und Mitverpfändern, zu dem Ergebnis kommen, daß der in Anspruch genommene Grundstückseigentümer bzw. Pfandeigentümer nur dann und nur insoweit ein noch bestehendes Sicherungsrecht, wie Hypothek oder Pfand, zusammen mit der Forderung gegen den Hauptschuldner erwirbt (m. a. W. der Grundsatz der §§ 412, 401 nur dann Anwendung findet), als jener Drittsicherer auf Grund eines besonderen Rechtsverhältnisses einen Ausgleichsanspruch nachweisen kann, daß sonst aber die übrigen Sicherungsrechte erlöschen.

Denn alle Erwägungen, die bei dem Zusammentreffen mehrerer Pfandrechte jene Lösung veranlaßt haben, greifen auch hier Platz.

Gesetzlich zu begründen aber ist dieses Ergebnis nur durch analoge Anwendung der §§ 1143/1173 bzw. 1225/774, da eine ausdrückliche Bestimmung darüber fehlt.

Daß auch hier die Anhänger der Ausgleichslehre die Verteilung der Haftungslast im Sinne von § 426 vornehmen wollen, daß weiterhin Planck den Grundsatz der §§ 412/401 voll zur Anwendung bringt, braucht nicht besonders hervorgehoben werden.

Die Gründe, die zur Ablehnung jener Ansichten führen, sind dieselben wie oben.

Zweiter Teil.

Die Rechtsverhältnisse bei mehrfacher ungleichartiger Drittsicherung

I.

§ 6. Das Problem.

Sind zur Sicherung einer Forderung von verschiedenen Drittversicherern ungleichartige Sicherheiten, wie z. B. eine Bürgschaft und eine Hypothek oder ein Pfandrecht, bestellt worden, so entsteht genau so wie beim Zusammentreffen gleichartiger Drittsicherungen die wichtige Frage, wer von diesen Sicherungsverpflichteten die Last der Schuld zu tragen hat, falls eine Inanspruchnahme des Hauptschuldners ohne Erfolg bleibt [38]).

Soll es der Drittsicherer sein, an den der Gläubiger sich zwecks Befriedigung wendet, oder soll dieser gerade sich im Wege des Rückgriffs nach den §§ 774/1, 1143/1, 1225/1, 412/401 an den anderen Drittsicherungen schadlos halten können, hat der persönlich schuldende Bürge oder die dinglich haftende bewegliche oder unbewegliche Sache, ganz gleichgültig, an wen der Gläubiger sich wendet, im Endergebnis immer den Schaden auf sich zu nehmen oder findet schließlich unter diesen Drittsicherern ein Ausgleich im Sinne von § 426, also nach den Regeln eines Gesamtschuldverhältnisses, statt?

[38]) In Zukunft sollen der kürzeren Ausdrucksweise willen die dinglichen Drittsicherer, also der Grundstückseigentümer und der Pfandeigentümer, mit dem Namen „Drittverpfänder" bezeichnet werden, soweit die Erörterungen für sie in gleicher Weise gelten.

Daran, daß seit Bestehen des BGB., ja schon während seines Entstehens, über diese Fragen zwar heftig gestritten, bis heute aber noch keine einheitliche Ansicht erzielt worden ist, sind nicht nur die oft sehr irrigen und oberflächlichen Auffassungen der einzelnen Schriftsteller vom Begriff und Wesen der persönlichen bzw. der dinglichen Drittsicherung schuld, sondern auch der Wortlaut des Gesetzes selbst, das die Regelung dieser Rechtsverhältnisse nicht einheitlich und eindeutig, sondern geradezu problematisch getroffen hat oder vielleicht nicht anders treffen konnte.

Versucht man nämlich die Verhältnisse nach den genauen Worten des Gesetzes zu ordnen, so ergeben sich folgende Lösungen:

Befriedigt ein Bürge den Gläubiger, so geht auf ihn gemäß § 774, Abs. 1 die Forderung gegen den Hauptschuldner über, außerdem erwirbt er aber auch nach den §§ 412, 401 die für die Forderung bestehenden, sie sichernden Nebenrechte, wie Hypotheken und Pfandrechte [39]). Demnach könnte sich der Bürge, wenn er von einer Inanspruchnahme des Hauptschuldners wegen Aussichtslosigkeit absehen muß, an die Drittverpfänder wenden und sich an dem belasteten Grundstück oder der verpfändeten Sache schadlos halten.

Diese dem Bürgen zustehende Möglichkeit möchte zu der Annahme verleiten, daß der Bürge gegenüber vorhandenen Drittverpfändern eine bessere Stellung hat, vom Gesetz bevorzugt worden ist.

Dies aber wird durch das Gesetz in den §§ 1143/1, 1225/1 sehr in Frage gestellt. Denn in diesen Paragraphen wird jener gleiche umfassende Forderungsübergang für den Fall vorgeschrieben, daß ein Drittverpfänder die Befriedigung des Gläubigers aus dem verpfändeten Gegenstande oder auch durch Einlösungszahlung vorgenommen hat.

---

[39]) Die noch bestehenden Bürgschaften erwirbt er nicht in voller Höhe, sondern nur, soweit sein gesetzlicher Ausgleichsanspruch gem. §§ 769, 774/2 reicht.

In diesem Falle wäre also der Bürge der Leidtragende, weil sich ja der Drittverpfänder an ihn wenden, von ihm Ersatz verlangen könnte.

So scheint bei oberflächlicher Betrachtung der gesetzlichen Bestimmungen alles darauf hinauszulaufen, wer von den Drittversicherern den Gläubiger befriedigt; denn ihm steht die Rückgriffsmöglichkeit zu, er kann den Schaden von sich abwälzen.

Hat das Gesetz diese unbillige Regelung gewollt oder kann man an Hand von anderen, nicht so schnell ins Auge fallenden gesetzlichen Bestimmungen zu einer besseren, einwandfreieren und den Verhältnissen mehr entsprechenden Lösung kommen?

So stößt man z. B. bei genauerer Betrachtung auf die Vorschrift des § 776, kommt zu der Erkenntnis, daß es eine solche Schutzvorschrift wohl bei der Bürgschaft, nicht aber bei den Drittverpfändern gibt, oder man versucht auf andere Weise, z. B. über das Gesamtschuldverhältnis und seine Grundsätze, den eigentlichen und wahren Willen des Gesetzes zu erforschen.

II.

Kritische Betrachtung der verschiedenen Lehrmeinungen.

Lassen wir daher zunächst die wichtigsten Gedanken und Ergebnisse der Schriftsteller an uns vorüberziehen, die sich mit dem gegebenen Problem, d. h. dem Streite um das bessere Recht zwischen Bürgen und Drittverpfänder befaßt haben, damit wir dann an Hand der teilweise sehr wertvollen Ausführungen, unter Berücksichtigung aller gesetzlichen und sonstigen Gesichtspunkte, die richtige Lösung finden können.

Und zwar soll der besseren Übersicht halber als Ergebnis dieser Literaturbetrachtung schon vorweggenommen werden, daß sich hauptsächlich zwei Ansichten gegenüberstehen, die

von Strohal begründete Lehrmeinung und die „Ausgleichslehre".

Während Letztere, wie ihr Name schon sagt, stets für den Ausgleich, nicht nur unter gleichartigen, sondern auch unter ungleichartigen Drittsicherern das Wort ergreift, ist Erstere der Ansicht, daß im Verhältnis von Bürgen und Drittverpfänder diesem die Last der Schuld aufzubürden ist, soweit wenigstens der Wert des verpfändeten Gegenstandes reicht.

Damit ist auch schon gesagt, daß sich für die anderen, noch möglichen Auffassungen, der Bürge habe im Verhältnis zum Drittverpfänder stets den Schaden zu decken oder der von dem Gläubiger in Anspruch genommene Drittsicherer keine nennenswerten Vertreter finden lassen.

§ 7. Die Strohalsche Lehre.

Als erster hat Strohal in seinem Aufsatz „die Lehre vom Eintritt des Bürgen und des Drittverpfänders in die Rechte des befriedigten Gläubigers" zu der Frage, wem von den beiden ungleichartigen Drittsicherern das bessere Recht zukommt, dem Bürgen oder dem Drittverpfänder, Stellung genommen und dabei dem Bürgen eine Bevorzugung eingeräumt [40]).

Die Schwierigkeit liegt seiner Meinung nach nur bei dem Verhältnis Bürge—Verpfänder, weil das Pfandrecht durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit (§ 1256/1) in einer Person erlösche, die Hypothek dagegen nicht.

In der festen Überzeugung, daß der Bürge möglichst großen Schutz verdiene, was übrigens auch durch besondere Schutzvorschriften vom Gesetz kenntlich gemacht worden sei [41]), sieht er die Hauptstütze für seine Lehre in der Bestimmung des § 776, demzufolge ein Bürge stets dann frei wird, falls der Gläubiger ein Recht aufgibt, aus dem der

[40]) Strohal I, S. 373 ff.

[41]) § 766 Formvorschrift, §§ 771—73 Einrede der Vorausklage, § 776 Regreßschutz.

Bürge gemäß § 774 hätte Ersatz verlangen können, während eine solche Schutzvorschrift für dingliche Drittsicherer fehle.

In dem Falle des Zusammentreffens von Bürgschaft und Hypothek sieht nun Strohal, eben weil die Hypothek durch Konsolidation nicht erlischt, keine Schwierigkeiten mehr; denn befriedige der Bürge den Gläubiger, dann erlösche die Bürgschaft, die Forderung und damit gemäß §§ 774/1, 412, 401 die Hypothek ginge auf den Bürgen über, das Grundstück habe also, insoweit es die Schuld decke, die Last zu tragen; komme aber der Grundstückseigentümer dem Bürgen mit der Befriedigung des Gläubigers zuvor, dann würde dessen Forderungs- und Sicherungserwerb nach §§ 1143/1, 412, 401 dem Bürgen keinen Schaden bringen, weil ja die Hypothek als Eigentümerhypothek bestehen bleibe, der Bürge also, wenn er an den Drittverpfänder leiste, dann doch wieder nach §§ 774/1, 412, 401 neben der Forderung gegen den Hauptschuldner auch die Hypothek erwerben würde. Der Gefahr, daß der Grundstückseigentümer, bevor er sich an den Bürgen wende, seine Hypothek löschen ließe, um dem Rückgriff durch den Bürgen zu entgehen, sei aber der Bürge nicht ausgesetzt, weil er ja dann gemäß § 776 insoweit frei werde, als er aus der erloschenen Hypothek hätte nach § 774 Ersatz verlangen können.

Die Schwierigkeit aber, die dadurch entsteht, daß das Pfandrecht durch Konsolidation untergeht, versucht Strohal mit der Bestimmung des § 1256, Abs. 2 zu beheben, wonach das Pfandrecht ausnahmsweise bestehen bleibt, wenn der Eigentümer ein rechtliches Interesse an dem Fortbestehen hat. Dieses sei auch dann anzunehmen, wenn die Sache mit einem weiteren Rechte belastet sei, das dem Pfandrecht des durch die Einlösungszahlung befriedigten Gläubigers nachgehe, m. a. W., wenn der Verpfänder sein Recht gegen den Bürgen nur dann geltend machen könne, wenn das Pfandrecht noch bestehe (wegen § 776). Damit sei die Möglichkeit, eine gleiche Lösung wie bei der Hypothek dem Gesetz zu entnehmen, doch noch gefunden worden.

Zu diesen Ausführungen sei nur vorläufig kurz bemerkt, daß eine Konstruktion mit § 1256/2 nur dann zu diesem Ergebnis führen kann, wenn der Verpfänder den Gläubiger durch Einlösungszahlung befriedigt hat, nicht aber dann, wenn die Befriedigung durch Verwertung der Sache erfolgt ist, wo unmöglich ein Fortbestehen angenommen werden kann. Folglich kann diese Beweisführung nicht zum gewünschten Ergebnis führen, den Bürgen stets vor dem Drittverpfänder zu bevorzugen.

Sternberg[42]) hat daher versucht, einen anderen, richtigeren Weg zu der auch von ihm gebilligten Lösung, der Besserstellung des Bürgen, zu finden:

Die Widersprüche zu § 776, die durch das Erlöschen des Pfandrechtes durch Konsolidation entstünden, seien nur scheinbar vorhanden, da das Erlöschen des Pfandrechts infolge des Forderungsüberganges auf den Pfandeigentümer der Übergabe des Pfandrechtes durch den Gläubiger gleichzustellen sei, so daß auch hier § 776 Platz greife.

Der Fall liege hier nicht anders als dann, wenn der Gläubiger die Forderung an einen Mitbürgen abtrete und so das Erlöschen der Haftung dieses Bürgen infolge Konsolidation bewirke. Der Umstand, daß die durch das Pfand gesicherte Forderung nicht durch Rechtsgeschäft vom Gläubiger auf den Eigentümer übertragen worden, sondern infolge der Einlösungszahlung kraft Gesetzes auf den Eigentümer übergegangen sei, könne § 776 nicht ausschließen. Sonst wäre ja das dem Bürgen eingeräumte Recht auf die bestellten Pfandrechte wertlos, weil der Pfandeigentümer durch § 1249 (Einlösungsrecht) dann stets die Möglichkeit habe, den Schaden von sich abzuwälzen.

Obwohl sich hier Sternberg schon der im folgenden zu besprechenden Lippmannschen Ansicht nähert, spricht er doch merkwürdigerweise auch noch von § 1256/2, d. h. der Möglichkeit, ein Fortbestehen des Pfandrechts zu konstru-

[42]) S. 545 ff.

ieren, was schon oben als unrichtig dargetan wurde. Ein Interesse am Fortbestehen des Pfandrechts werde nicht nur dann anzunehmen sein, wenn der Pfandeigentümer die von ihm eingelöste Forderung mit dem Pfandrecht weiter übertragen wolle, sondern vielmehr auch dann, wenn der Eigentümer ein Recht gegen einen Dritten nur dann geltend machen könne, wenn der Dritte das Pfandrecht mit der Forderung dann wieder erwerben könne.

Als erster hat Lippmann[43]) die eminente Bedeutung des § 776 für unser Problem erkannt und zu folgender Beweisführung verwertet:

Während Strohal seiner Auffassung nach den Fall so entwickelt wissen wollte, daß zunächst der Drittverpfänder auf Grund der §§ 1143/1225/412/401 bei einer durch ihn erfolgten Befriedigung sich nunmehr an den Bürgen halten und daß, wenn dieser ihm zahle, der Bürge nach § 774/1, 412, 401 von dem Drittverpfänder Befriedigung aus dem Pfande erlangen könne, m. a. W. den § 774 gegen die §§ 1143, 1225 ausspiele und dabei dem § 774 ein Übergewicht gebe — veranlaßt durch § 776 —, könne er nicht einsehen, mit welchem Recht dies geschehe; er würde dagegen dem Bürgen gegen die Klage des Drittverpfänders sofort eine „exeptio doli" geben, weil Letzterer das verlange, was er dem Bürgen wieder zurückgeben müsse[44]).

§ 776 gebe dem Bürgen mehr als ein bloßes Regreßrecht. Denn während der Drittverpfänder, der nach §§ 1143/1225 geleistet hatte, die übergegangene Forderung nur so beanspruchen könne, wie sie sich im Augenblick der Befriedigung befinde und der Klage des Gläubigers gegenüber nicht geltend machen könne, daß dieser schon wertvolle Sicherheiten aufgegeben habe — es sei denn, er habe sich dies besonders ausbedungen —, entstehe das Recht des Bürgen auf die übri-

---

[43]) S. 180 ff.

[44]) Dies gilt natürlich nur, insoweit das Pfand reicht. Ist das Pfand weniger wert als das Geleistete, dann kann der Verpfänder wohl diesen Überwert vom Bürgen beanspruchen. Vgl. auch S. 55 f.

gen Sicherheiten nicht erst mit der Befriedigung des Gläubigers durch den Bürgen oder Drittverpfänder, sondern schon mit dem Abschluß des Bürgschaftsvertrages. Vielmehr sei es ein Recht gegen die Person des Gläubigers selbst, und solange die Forderung noch nicht bezahlt sei, seien Gläubiger und Bürge „solidarisch" verbunden, solidarisch zu den Sicherheiten berechtigt. Man dürfe sich auch nicht daran stoßen, daß § 776 nur von freiwilliger Entäußerung spreche, denn nach Sinn und Absicht des Gesetzes müsse auch dann freiwillige Entäußerung angenommen werden, wenn der Drittverpfänder den Gläubiger befriedige; wenn auch der Gläubiger die Zahlung des Drittverpfänders nicht zurückweisen könne, ohne sich selbst zu benachteiligen, so dürfe dem doch keine Bedeutung beigemessen werden, da die Betonung bei § 776 nicht so sehr auf dem zwanglosen Handeln des Gläubigers als auf dem Handeln ohne Genehmigung des Bürgen zu sehen sei. So gehe, kurz ausgedrückt, der Einwand des Bürgen dahin, daß er nicht mehr Bürge sei.

Was die Strohalsche Beweisführung mit § 1256/2 betrifft, so sieht Lippmann mit Recht darin den schwächsten Punkt in der Begründung Strohals, da § 1256/2 nur für den Fall da sein soll, daß die Pfandsache mit einem Pfandrecht oder Nießbrauch belastet ist, das dem mit dem Eigentum vereinigten Pfandrechte nachgeht, und für den Eigentümer objektiv ein rechtliches Interesse an der Erhaltung seines Pfandrechts vorhanden ist [45]).

Veranlaßt durch die sehr umfangreiche Literatur [46]), die sein Aufsatz im Gefolge hatte, nahm Strohal abermals zu dem Problem des Verhältnisses zwischen Bürgen und Drittverpfänder Stellung, aber nicht um seine Anschauung im Endergebnis zu ändern, sondern nur, um einen einfacheren, richtigeren Weg zu finden.

---

[45]) So auch Mot. III, S. 842.

[46]) Genaue Anführung dieser Literatur bei Strohal II, Anm. 5, 6, 7 und 8.

Denn Strohal lehnt auch hier wieder nicht nur die Ausgleichslehre, sondern die Meinung ab, die glaubt, den Schaden müsse stets der tragen, der den anderen Drittsicherer mit der Befriedigung des Gläubigers zuvorkommen lasse. Strohal ist der Ansicht, „daß im Verhältnis von Bürgen und Drittverpfänder von diesem endgültig die Last zu tragen sei, soweit die Schuld durch die haftende Sache gedeckt sei".

Er geht diesmal von dem Fall aus, daß der Hauptschuldner ein Pfand an seiner eigenen Sache bestellt hat und daneben noch ein Bürge da ist, und nimmt mit Recht an, daß im Falle einer Weiterveräußerung des Pfandes an einen Dritten, den kein guter Glaube schütze, der Bürge keineswegs sein Recht verliert, nach Befriedigung des Gläubigers in die Forderung und in das Pfandrecht einzutreten und die Last auf die haftende Sache abzuwälzen. Ebenso sei auch die Lage bei der Hypothek.

Besonders bemerkenswert aber ist, daß Strohal nicht mehr an der Konstruktion über § 1256, Abs. 2 festhält, sie als „umständlich" ablehnt, vielmehr der Schwierigkeit dadurch aus dem Wege geht, daß er den Bürgen von dem Augenblick an, wo der Drittverpfänder den Gläubiger befriedigt, vollkommen frei werden läßt, weil dies nach § 776 der Wille des Gesetzes sein müsse, während natürlich umgekehrt, bei einer Befriedigung des Gläubigers durch den Bürgen, diesem der volle Regreß gegen den dinglichen Drittsicherer nach den §§ 774, 412, 401 zustehe.

Weiterhin erbringt Strohal den Beweis dafür, daß ein Drittverpfänder, der den Gläubiger befriedigt hat, keinen gesetzlichen Ausgleichsanspruch gegen einen anderen gleichfalls dinglichen Drittsicherer hat. Daher könne für den Fall, daß Bürge und Drittverpfänder als Drittsicherer zusammentreffen, nie der Schluß gezogen werden, daß der Drittverpfänder kraft Gesetzes einen Ausgleichsanspruch gegen den Bürgen haben müsse.

Dann aber könne doch § 774 in Verbindung mit § 776 nur so verstanden werden, daß stets der befriedigende Bürge in

die bestellte Realsicherheit eintrete, während bei einer Befriedigung des Drittverpfänders der Bürge insoweit frei werde, als die Forderung des Gläubigers durch den Wert der haftenden Sache zu erfüllen sei.

§ 8. Die Ausgleichslehre.

Diesen Ausführungen und Ansichten treten die Anhänger der Ausgleichslehre wie folgt entgegen:

Breit[47]), der sich als schärfster Gegner der Strohalschen Lehre erwies, stellt zur Begründung seines Standpunktes folgende Beweisführung an:

Zunächst sei für den Rückgriff zwischen Bürgen und Drittverpfänder maßgebend, ob ein besonderes Rechtsverhältnis zwischen ihnen bestehe, das die Ausgleichspflicht festlege und bestimme, ob und inwieweit die Forderung auf den befriedigenden Bürgen oder Drittverpfänder gegen die anderen Drittsicherer gemäß den §§ 412/401 übergehe.

Bestehe aber ein solches internes Rechtsverhältnis nicht, dann müsse man an Hand des Gesetzes stets zu einem anteiligen Rückgriff unter mehreren Drittsicherern kommen.

Die entsprechende Anwendung des § 401, die der § 412 für den Fall der Übertragung einer Forderung kraft Gesetzes vorschreibe, habe nicht so ausnahmslos zu erfolgen, wie es nach der Fassung des § 412 scheine.

So werde der Grundsatz der §§ 412/401 nicht nur in zwei oder drei Fällen (§§ 774/2 — 1143/2, 1173—1225/2, 774/2) durchbrochen, indem dort der Übergang der Sicherungen trotz des vollständigen Überganges der Forderung gegen den Hauptschuldner nur in Höhe der Ausgleichspflicht stattfinde; vielmehr seien diese Bestimmungen nicht als Ausnahmen, sondern als Grundregeln für die Formulierung eines allgemeinen Prinzips zu verwenden:

Unter mehreren Sicherungsverpflichteten, ganz gleich welcher Art die Sicherungen sind, hat im Zweifel stets ein an-

[47]) S. 283 ff.

teiliger Ausgleich kraft Gesetzes, und zwar im Sinne von § 426, stattzufinden.

Obwohl Breit noch eine zweite Lösung für möglich hält — das Gesetz kennt außer den Fällen der §§ 774/2 und 1225/2 keine gesetzliche Ausgleichspflicht, die Forderung gegen den Hauptschuldner geht also ohne die Nebenrechte über —, zieht er doch, aus Gründen der Billigkeit veranlaßt, das Ergebnis einer ständigen allgemeinen Ausgleichspflicht unter mehreren Drittsicherern vor.

Der von Breit getroffenen Entscheidung schließt sich B e n d i x [48]) bedenkenlos an, allerdings mit einer anderen Begründung:

Nach seiner Ansicht müssen bei jedem Zusammentreffen mehrerer Drittsicherer für die Frage nach der Verteilung der Haftungslast die Vorschriften über das Gesamtschuldverhältnis, also insbesondere § 426, unmittelbar zur Anwendung kommen.

Es bestände unter mehreren Drittsicherern stets ein Gesamtschuldverhältnis, wobei es gleichgültig sei, ob die Sicherungen persönlicher oder dinglicher Art, ob sie gleichzeitig und gemeinsam oder nacheinander und unabhängig voneinander bestellt worden seien. Nicht nur die persönlichen Drittsicherer, die Bürgen ständen in einem Schuldverhältnis zum Gläubiger, schuldeten diesem eine ganz bestimmte Leistung, sondern dieselbe Leistung sei auch von den dinglichen Drittsicherern, den „Mobiliar- und Immobiliarpfandschuldnern", zu erbringen, wenn auch auf den Gegenstand der verhafteten Sache beschränkt.

Auf den Einwand, welchen Zweck dann überhaupt die §§ 774/2, 1225/2 hätten, entgegnete Bendix, sie sollten nur jeden Zweifel, der durch § 774/1 bzw. § 1225/1 entstehen könnte, vor vornherein ausschließen.

Das Verhältnis von Sicherungen verschiedener Art zueinander, für die weder Abs. 1 noch Abs. 2 des § 774 eine Rege-

[48]) S. 84 ff.

lung träfen, könne ebenfalls nur mit § 426 geordnet werden, da die Sicherungsverpflichteten in einem inneren Schuldverhältnis zueinander stünden, wobei jeder nach Kopfteilen einen Ausgleichsanspruch habe, ohne ein besonderes, ihn rechtfertigendes Rechtsverhältnis nachweisen zu können. Dadurch würde vor allem vermieden, daß sich einer der Drittsicherer mit der Befriedigung des Gläubigers vordrängen oder ihr aus dem Wege zu gehen versuche; denn die Ausgleichung treffe bei Versagen des Hauptschuldners im Endergebnis doch jeden Drittsicherer gleichmäßig.

Schulz [49]) aber geht noch weiter wie Bendix und behauptet, ein Gesamtschuldverhältnis brauche gar nicht angenommen zu werden, da „das Pfandrecht als Wertrecht den Spannungscharakter des obligatorischen Rechts in sich aufnehme".

Schmidt (R.) [50]) dagegen versucht eine analoge Anwendung des § 426 zu rechtfertigen, weil beide Drittsicherer identischen Interessen des Gläubigers zu dienen verpflichtet seien.

Cohn [51]) aber ist es vor allem, der mit allen Mitteln ein Gesamtschuldverhältnis unter mehreren Drittsicherern bilden will:

§ 776 fände nur auf das Verhältnis des Bürgen zum Gläubiger, nicht auch auf das zum Drittverpfänder Anwendung, dort käme nur Ausgleichung in Frage.

Während eine „ältere" Theorie der Ansicht gefolgt sei, daß der Drittverpfänder die Pfandhaftung nicht schulde — beeinflußt vom Römischen Recht —, sondern nur das Grundstück repräsentiere, kenne das BGB. als Verpflichteten nur den Verpfänder [52]). Dies sei zwar nur bei der Hypothek klar zum Ausdruck gekommen, hätte aber bei dem Pfandrecht an beweglichen Sachen keiner Wiederholung mehr bedurft.

---

[49]) S. 64, 67.

[50]) S. 97, 101.

[51]) So auch Oellers, S. 72, Leichsering, S. 42, Evers, S. 41, 25.

[52]) § 1113 = „... eine bestimmte Geldsumme ... zur Befriedigung ... zu zahlen."

Als Beweis für die Richtigkeit seiner Auffassung führt Cohn die §§ 1142, 1146, 1137, 1143, 688 ZPO. an.

§ 1142 kenne eine Fälligkeit der Forderung gegenüber dem Eigentümer unabhängig von der Fälligkeit gegenüber dem persönlichen Schuldner.

§ 1146 wende auf Ersteren folgerichtig die Grundsätze des Verzugs an.

§ 1137 und § 1143 gebe ihm die Einrede, die dem Schuldner und dem Bürgen zuständen.

Damit genieße er das Privileg des Bürgen.

Das Gesetz erkenne hier demnach den Leistungs-, nicht den Duldungsanspruch an, denn nach § 688 ZPO. gelte als Anspruch, welcher die Zahlung einer Geldsumme zum Gegenstand habe, auch der Anspruch aus einer Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld.

Daher sei ohne Bedenken der Drittverpfänder, wie als Schuldner gegenüber dem Gläubiger, so auch als Gesamtschuldner mit dem Bürgen anzusehen.

Endlich sei von den vielen Anhängern [53]), die die Ausgleichslehre im Laufe der Zeit gefunden hat, noch die Abhandlung von Dähne [54]) auszugsweise erwähnt.

Der Bürge könne sich nicht auf § 776 berufen, da dieser Paragraph nur davon spreche, daß der Gläubiger selbst ein mit der Forderung verbundenes Pfandrecht oder eine Hypothek aufgebe, nicht aber davon, daß der Drittverpfänder nach der Befriedigung des Gläubigers die ihn selbst belastende Sicherheit aufgebe; § 776 spreche nur davon, daß der Gläubiger selbst, ehe er Befriedigung erlange, eine der bestehenden Sicherheiten ohne Zustimmung der anderen Sicherungsverpflichteten aufgebe und dann von einem Bürgen Befriedigung verlange.

---

[53]) Windscheid-Kipp, § 481, Zus. 1; Staudinger-Kober, Erl. 2 b zu § 1225; Oertmann, Erl. 7 zu § 774; Staub-Koenige, Anm. 50 zu § 349; Düringer-Hachenburg, Anm. 45 zu § 349; Warneyer, Anm. zu § 1225; Wolff, § 140, VI u. Anm. 16; Simèon-David, I 1 § 107, IV 2; Emmerich, S. 514 ff; Marwitz, S. 860; Evers, S. 40 ff.; Wandel, S. 33 ff.

[54]) S. 82 ff.

Lippmann insbesondere lese mehr im Gesetz, als darin stehe, wenn er sage, daß im Falle des § 776 der Bürge insoweit frei werde, als der Wert der aufgegebenen Sicherheit betragen hätte; § 776 sage nur, der Bürge werde frei, insoweit als er aus der aufgegebenen Sicherheit nach § 774 hätte Ersatz verlangen können. M. a. W., in § 776 sei nicht nur Abs. 1, sondern auch Abs. 2 des § 774 angezogen, daher könne der Bürge nur insoweit frei werden, als er nach § 774, Abs. 2 hätte Ersatz verlangen können. Dabei sei ganz gleichgültig, ob es sich um Mitbürgschaft, Hypothek oder Pfandrecht handele.

Daraus gehe deutlich hervor, daß das Gesetz dem Bürgen nur den Rückgriff nach den §§ 774, Abs. 2/426/2, also nach den Grundsätzen über die Gesamtschuld, zugebilligt habe.

§ 9. Widerlegung der Ausgleichslehre.

Wie ich mich schon bei der Behandlung mehrfacher, gleichartiger Drittsicherungen aus zwingenden gesetzlichen und sonstigen Gründen weder zu den Beweisführungen noch zu den Ergebnissen der Ausgleichslehre bekennen konnte, so sehe ich mich auch hier veranlaßt, diese Lehre als besonders mit dem Willen des Gesetzes unvereinbar abzulehnen, wobei die Gründe teilweise dieselben sind wie oben [55]).

Vor allem begehen die meisten Vertreter der Ausgleichslehre, bei ihren hartnäckigen Versuchen zwischen Bürgen und Drittverpfänder ein Gesamtschuldverhältnis zu konstruieren, den grundsätzlichen Fehler, einer falschen Auffassung vom Wesen einer dinglichen Sicherheit in Form einer Hypothek oder eines Pfandrechtes zu folgen.

Zu der Definition des Begriffes „Gesamtschuldner" im § 421 wird verlangt, daß mehrere Personen eine Leistung schulden. Der Pfandeigentümer ist aber gar nicht ver-

[55]) Vgl. S. 17 f., 20 ff.

pflichtet, die Leistung zu bewirken, wie eine heute als widerlegt anzusehende „Theorie der Realobligation" oder „Theorie der dinglichen Schuld mit beschränkter Haftung" behauptete [56]), indem sie sich hauptsächlich auf das Wort „zahlen" in § 1113 stützte und dabei übersah, daß § 1147 dies näher erläuterte: es ist darunter das Zahlen in Form der Zwangsvollstreckung zu verstehen.

Vielmehr ist der Eigentümer nach der herrschenden, richtigen Meinung [57]) nur zur Duldung verpflichtet, weil der Gläubiger nach § 1204 berechtigt ist, Befriedigung aus der verhafteten Sache zu verlangen.

Wenn dies auch bei der Hypothek nicht so deutlich ausgedrückt ist, so muß es dennoch auch da so verstanden werden.

Daß aber der Eigentümer durch eine Einlösungszahlung nicht erfüllt, geht aus § 1142 hervor, wo es nicht heißt, „der Eigentümer ist verpflichtet", sondern „der Eigentümer ist berechtigt, den Gläubiger zu befriedigen".

Sind aber die Voraussetzungen für § 421 nicht gegeben, dann entfällt damit auch die Möglichkeit, § 426 zur Anwendung zu bringen [58]).

Wenn das Gesetz wirklich unter allen Drittsicherern ein Gesamtschuldverhältnis gewollt hätte, so hätte es doch eine Drittsicherung, nämlich die Bürgschaft, nicht in einem besonderen Teil der Schuldverhältnisse, sondern im Zusammenhang mit den anderen Sicherheiten behandeln können [59]).

Mit Recht sagt Sternberg [60]), überall, wo im Sachenrecht Vorschriften des Obligationenrechts gelten sollten, sei dies

---

[56]) Cosack II, 221; Crome III, § 460, 3 b.

[57]) Vgl. Staudinger, Erl. I, 1 a zu § 1113; Wolff, § 131 ff.

[58]) Vgl. Strohal II, S. 79 ff., 97 f.; Sternberg, S. 557, Braun-Melchior, S. 198, 99; Planck-Greiff, Erl. 2 c zu § 1225; OLG. Stuttgart, Recht, 1918, Nr. 83; Tasse, S. 54.

[59]) Vgl. Sternberg, S. 557 f.; RGZ. Bd. 53, S. 404; Crome 2, 377; Siewers, Recht.

[60]) S. 557 f.

durch eine besondere Verweisung angedeutet, wie in den §§ 1142, 1146, 1149, 1193, 1202.

Damit sei der Wille des Gesetzgebers erkennbar gemacht, daß im allgemeinen die Sätze des Obligationenrechts auf die Schuld des Pfandeigentümers nicht anzuwenden seien.

Wenn allerdings Sternberg an derselben Stelle ein Gesamtschuldverhältnis mit der Begründung ablehnt, es bestehe ja nicht einmal zwischen Hauptschuldner und Bürge, selbst wenn dieser selbstschuldnerisch hafte, ein Gesamtschuldverhältnis, so geht er dabei von einer falschen Voraussetzung aus; denn Bürge und Drittverpfänder sind doch immerhin Drittsicherer, während ein Hauptschuldner nicht mit einem Drittsicherer auf gleiche Stufe gestellt werden kann, da der Hauptschuldner immer nach Möglichkeit die Last der Verbindlichkeit voll und ganz, in erster Linie, zu tragen hat[61]).

Wenn andererseits aber wieder Bendix a. a. O. glaubt, man könne aus der Anwendbarkeit des § 68 KO. auf gewisse Personen schließen, daß sie gesamtschuldnerisch verbunden seien, so ist das mit Sternberg a. a. O. abzulehnen, weil schon aus der Anwendbarkeit des § 68 KO. für Hauptschuldner und Bürge sich ergibt, daß dessen Wirkungskreis umfassender ist, sich nicht auf Gesamtschuldner beschränkt[62]).

Außerdem berufen sich die Vertreter der Ausgleichslehre zur Begründung ihrer Ansicht immer wieder auf die Bestimmungen der §§ 774/2, 1225/2, wo die Ausgleichspflicht klar zum Ausdruck gebracht worden sei.

Diesem falschen Auslegen des Gesetzes gegenüber ist auf die oben schon gemachten Ausführungen zu verweisen und nochmals zu betonen, daß weder § 774/2 noch § 1225/2 eine Ausgleichspflicht begründen, sondern daß gerade im Gegenteil aus diesen Paragraphen hervorgeht, daß an sich keine

---

[61]) So auch Schmidt R., S. 100; Oellers, S. 76; Tasse, S. 55.
[62]) So auch Jaeger, Erl. 3 zu § 68 KO.

Ausgleichung unter mehreren Drittsicherern stattfindet, wenn sie nicht wie bei der Mitbürgschaft besonders gesetzlich oder sonst irgendwie besonders vertraglich festgesetzt ist. Daß diese Lösung der größeren Deutlichkeit wegen in § 1173, bei der Gesamthypothek, noch unterstrichen ist, scheint von jenen Schriftstellern merkwürdigerweise übersehen zu werden.

Ganz richtig macht Tasse[63]) darauf aufmerksam, daß die Anhänger der Ausgleichslehre nur von dem Fall sprechen, wo ein Dritteigentümer ein Pfand bestellt hat, nicht davon, daß ein Pfand kraft Gesetzes für einen Eigentümer vorhanden ist, wenn z. B. der persönliche Schuldner seine Sache, an der er dem Gläubiger ein Pfand bestellt hat, an einen Dritten veräußert und dieser nun haften muß.

Tasse weist dann nach, daß auf dieses so geschaffene Verhältnis schon ganz und gar nicht gesamtschuldnerische Sätze Anwendung finden können, was selbst Vertreter der Ausgleichslehre wie Schulz und Kohler[64]) anerkennen, indem sie hier eine Ausgleichung ablehnen. Denn von einer „Rechtsgemeinschaft unter Gesamtschuldnern" könne nicht gesprochen werden, wenn sich ein Drittsicherer durch Vertrag dem Gläubiger gegenüber gebunden, der andere aber nur infolge gesetzlicher Bestimmung dem Gläubiger aus dem Pfande Befriedigung gewähren müsse.

Hiermit ist m. E. in genügendem Maße der Beweis erbracht, daß sich die Ausgleichslehre bei näherer Untersuchung, so schön und billig ihr Ergebnis auch klingen mag, auch bei dem Zusammentreffen von verschiedenartigen Drittsicherungen nicht aufrechterhalten läßt[65]), weil ihrer Annahme neben sonstigen Schwierigkeiten vor allem der Wille des Gesetzes entgegensteht.

---

[63]) S. 56.

[64]) Schulz, S. 63/67; Kohler, § 159, III.

[65]) Gedacht wird an die Frage, wie der Ausgleich praktisch vor sich gehen soll.

III.

§ 10. Die gefundene Lösung im Anschluß an die Strohalsche Lehre.

Vielmehr hat die Strohalsche Lehre die richtige Lösung des Problems gefunden.

Der Anschluß an diese Lehrmeinung soll im folgenden noch näher ausgeführt und begründet werden.

1. Eine Rechtsvergleichung.

Hierbei soll zunächst an Hand einer Rechtsvergleichung gezeigt werden, daß die Bevorzugung des Bürgen, sein besonderer Schutz gegenüber dem Drittverpfänder nicht nur dem BGB., sondern auch anderen älteren und neueren Rechtsordnungen zu eigen ist [66]).

So bestimmt das preußische ALR. in seinem I, 20, § 37, daß der Pfandgläubiger die Verpflichtung hat, einem Bürgen gegen vollständige Befriedigung des Gläubigers das Pfandrecht abzutreten.

Im § 1358 des Österr. Gesetzbuches muß der Gläubiger dem Bürgen, falls ihn dieser befriedigt, alle noch bestehenden Sicherheiten überlassen.

§ 1801 des Züricher Gesetzbuches sagt: „Überdies ist der Gläubiger verpflichtet, dem zahlenden Bürge alle Rechte abzutreten, welche er gegen den Hauptschuldner oder auf eine weitere Versicherung der Schuld gehabt hat."

Das Schweizer Obligationenrecht von 1881 bestimmt (Art. 504) und das neue, vortreffliche Recht von 1911 hält im wesentlichen daran fest, daß der Gläubiger dem befriedigenden Bürgen nicht nur die zur Geltendmachung seiner Rechte dienlichen Urkunden und die bei ihm hinterlegten Pfänder herauszugeben habe, sondern auch, falls die Hauptschuld durch Hypothek gesichert war, die für den Übergang dieses Pfandrechtes erforderlichen Handlungen vorzunehmen habe.

---

[66]) Vgl. Strohal II, S. 80; Tasse, S. 41 ff.

So führt auch Strohal II[67]) zur Entschuldigung der Verfasser des BGB. an, daß man bei der grundsätzlichen Bedeutung und Fassung der §§ 412/401 geglaubt hätte, die Rechte des Bürgen nicht mehr allzu deutlich in § 774 festlegen zu müssen, wie man es in § 676 des ersten Entwurfs vorhatte.

2. Zurückweisung von Angriffen gegen die angenommene Lehre.

Des weiteren sollen noch einige Versuche, die Strohalsche Lehre ins Wanken zu bringen, nähere Erwähnung finden:

Breit wendet Strohal gegenüber ein[68]), das Gesetz habe in den §§ 772, Abs. 2 und 773, Abs. 2 seinen Willen, dem Pfandeigentümer die Last zum Teil abzunehmen, zum Ausdruck gebracht, da dort das Verweisungsrecht des Bürgen, der vom Gläubiger in Anspruch genommen werde, eindeutig auf die Pfandrechte des Hauptschuldners beschränkt sei. Das erkläre noch mehr die Annahme, daß § 776 sich nur auf das Verhältnis des Bürgen zum Gläubiger, nicht zu einem dritten Pfandbesteller beziehe, und sei ein Beweis dafür, daß der Schlüssel zur Verteilung der Haftungslast nicht bei § 776, sondern bei §§ 774/2, 1225/2, 426 zu finden sei.

Demgegenüber ist zu sagen, daß sich die §§ 772/773 überhaupt nur auf die Einrede der Vorausklage des Bürgen gegenüber dem Gläubiger beziehen, die gesetzlichen Möglichkeiten einer solchen Einrede umgrenzen wollen, aber nichts mit der Frage zu tun haben, welche Mittel dem Bürgen nach einer durch ihn erfolgten Befriedigung des Gläubigers in die Hand gegeben sind, um die Last der Schuld von sich abzuwälzen, sich schadlos zu halten[69]).

Auch kann Wolff[70]) bei der Annahme nicht Recht ge-

[67]) S. 80 f.
[68]) S. 295.
[69]) So auch Sternberg, S. 563; Braun-Melchior, Anm. 72; Tasse, S. 60.
[70]) § 140, V, 1 u. Anm. 16.

geben werden, § 776 gestatte nicht diese eindeutige Bevorzugung des Bürgen vor dem Pfandbesteller, sondern wolle nur dem Bürgen einen Schutz gegenüber willkürlichen Machenschaften des Gläubigers geben; denn zu einer solchen Annahme gibt die Wortfassung des § 766 keinen Anlaß [71]).

Außerdem kann der Vorwurf von Breit, Schulz[72]) zurückgewiesen werden, Strohal verdrehe das Gesetz, wenn er dem Befriedigenden die Möglichkeit gebe, sich schadlos zu halten, weil nach §§ 412, 401 die Forderung mit Nebenrechten übergehe, anstatt dem Befriedigenden nur dann den Sicherungsübergang zuzusprechen, wenn er kraft Gesetzes oder sonstwie einen Ersatzanspruch gegen den oder die anderen Drittsicherer habe; denn § 774/2 kann weder direkt noch analog für das Verhältnis von Bürgen und Drittverpfänder angewandt werden. Es ist keine Berechtigung einzusehen, die Ausnahme des § 774/2 auf den Fall Bürge-Drittverpfänder zu beziehen, m. a. W. das Gesetz, statt richtig auszulegen, zu ändern [73]).

3. Die Bedeutung des § 776.

Daß aber das Gesetz sich für eine Besserstellung des Bürgen im Verhältnis zum Drittverpfänder entschieden hat, beweist am deutlichsten die Bestimmung des § 776.

Diese Vorschrift soll uns deshalb dazu dienen, eine Beweisführung anzustellen, die m. E. am meisten geeignet ist, die Ausgleichslehre zu erschüttern, der Strohalschen Ansicht aber recht zu geben.

Der § 776 bevorzugt klar und unbestreitbar den Bürgen gegenüber einem Drittverpfänder, da zwar der Bürge frei wird, wenn der Gläubiger ein Recht aufgibt, aus dem der Bürge nach § 774 hätte Ersatz verlangen können, der

[71]) So auch Braun-Melchior, S. 202.
[72]) Breit, S. 289 f.; Schulz, S. 66.
[73]) So auch Faß, S. 78; Tasse, S. 61.

Drittverpfänder aber mangels einer solchen Bestimmung für ihn weiter haftet, wenn der Gläubiger eine solche Freigabe vornimmt. § 776 aber für den Drittverpfänder analog anzuwenden, verbieten die anderen, nur den Bürgen schützenden §§ 766, 771, 772, 775.

Daß nun von dieser Besserstellung des Bürgen bei Freigabe eines Nebenrechtes durch den Gläubiger aus auf eine allgemeine Bevorzugung des Bürgen gegenüber dinglichen Drittsicherern im Falle einer Befriedigung des Gläubigers durch einen von ihnen geschlossen werden kann, wird am besten ersichtlich, wenn man fragt, welche Rolle eben dieser § 776 dann spielt, wenn die Grundsätze der Ausgleichslehre auf die Rechtsbeziehungen zwischen Bürgen und Drittverpfänder zur Anwendung kommen [74]).

Haben sich zwei Mitbürgen für eine Schuld verpflichtet und gibt der Gläubiger einen von ihnen durch Vertrag frei, ohne Zustimmung des anderen Mitbürgen, so entfällt damit auch die Verpflichtung des noch haftenden Bürgen zur Hälfte, da er nach § 776 insoweit frei wird, als er nach § 774, in diesem Falle Abs. 2 verbunden mit § 426/2, hätte Ersatz verlangen können. Der freigegebene Bürge wird also nicht nur dem Gläubiger gegenüber, sondern auch seinem Mitbürgen gegenüber ganz frei, da ja dieser nur noch den auch im Endergebnis auf ihn entfallenden Anteil zu leisten hat.

Gibt aber der Gläubiger einen Bürgen frei, neben dem noch ein Drittverpfänder haftet, so wird zunächst durch diese Freigabe die Haftung des Drittverpfänders nicht berührt, weil es für ihn an einer Schutzvorschrift fehlt.

Nach den Grundsätzen der Ausgleichslehre darf aber der Drittverpfänder, der nach wie vor die Befriedigung aus dem verpfändeten Gegenstande dulden muß, durch die Freigabe des Bürgen keinen Schaden erleiden, er muß genau so die Möglichkeit anteiligen Rückgriffes haben, wie wenn der Bürge noch verpflichtet wäre.

[74]) Vgl. Strohal II, S. 85, 86, 98; Braun-Melchior, S. 202 ff.

Demnach wird hier nach der Ausgleichslehre der Bürge gerade deshalb nur dem Gläubiger, nicht auch dem Drittverpfänder gegenüber frei, weil es keine dem § 776 entsprechende Bestimmung für dingliche Drittsicherer gibt; denn gäbe es eine, dann brauchte der Drittverpfänder nach Freigabe des Bürgen nur noch die Hälfte, d. i. seinen endgültigen Anteil, an den Gläubiger leisten, könnte also genau wie ein Mitbürge von dem Bürgen nichts mehr fordern.

Dieses unterschiedliche Ergebnis kann aber unmöglich vom Gesetz beabsichtigt sein, da ja sonst die Bevorzugung des Bürgen durch § 776 ihm hier zum Nachteil geraten würde, indem er bei Freigabe durch den Gläubiger besser stünde, wenn es auch für dingliche Drittsicherer einen „§ 776" gäbe.

Folgt man aber der Lösung, nach der im Verhältnis des Bürgen zum Drittverpfänder dieser in erster Linie für die Befriedigung des Gläubigers aufzukommen hat, dann wird der Bürge bei einer Freigabe durch den Gläubiger auch den Drittverpfändern gegenüber frei, weil diese ja immer im Endergebnis die Last der Schuld zu tragen haben, soweit wenigstens das Pfand reicht.

4. Sonstige, die Lösung rechtfertigende Erörterungen.

Eine Erklärung dafür, daß der Bürge nicht auf gleicher Stufe mit dem Drittverpfänder steht, sondern ihm offensichtlich vorgezogen wird, gibt nicht nur die Tatsache, daß der Bürge sich nur verpflichtet, der Drittverpfänder aber schon eine Verfügung getroffen, also ein Recht aus der Hand gegeben hat, sondern auch noch eine andere Erwägung:

Das Gesetz hat in der weisen Erwägung, daß die Bürgschaft ihre wichtige Aufgabe im Wirtschaftsleben um so besser erfüllen kann, je weniger der Bürge damit rechnen muß, aus seiner Bürgschaftsübernahme Schaden zu er-

leiden, diesem, wie schon des öfteren erwähnt, seinen besonderen Schutz zukommen lassen. Denn wenn auch der Bürge bei Eingehung seiner Verpflichtung jederzeit die Möglichkeit hat, die Bedingung zu stellen, daß er nur dann für die Befriedigung des Gläubigers aufkomme, wenn alle anderen Rechte dem Gläubiger nichts nützen sollten, so wird er doch davon nicht mit viel Erfolg Gebrauch machen können, weil der Gläubiger sich durch eine solche Sicherheit viel schwerer beeinflussen läßt als dann, wenn er weiß, daß ihm auch der Bürge jederzeit zur Befriedigung zur Verfügung steht, im Falle einer Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners.

Wenn Tasse[75]) bei seinen Versuchen, eine bessere, einfachere Lösung als die Strohals zu finden, behauptet, der Gedankengang Strohals sei unrichtig, weil der Pfandeigentümer doch kein rechtliches Interesse daran habe, daß das Pfand bestehen bleibe und auf den Bürgen übergehe, ihm vielmehr daran liege, daß das Pfand untergehe, so mag das richtig sein[76]), wie ja auch schon oben dargelegt worden ist.

Aber dieser Vorwurf kann der Strohalschen Lösung doch überhaupt nicht mehr gemacht werden, weil Strohal in seinem 2. Aufsatz[77]) die Konstruktion über § 1256, Abs. 2 aufgegeben und seine Entscheidung mit der Bestimmung des § 776 begründet hat:

„Sehr viel einfacher und zugleich auch zweckmäßiger ist es jedoch, wenn man statt des durch die erwähnten Konstruktionen — zu denen ich mich in meinem Aufsatz von 1903 selbst noch bekannte — beschriebenen Umwegs den geraden Weg einschlägt. Ist nämlich die Rechtslage so beschaffen, daß die Last der Schuld im Verhältnis zwischen Bürgen und dem Dritteigentümer aus der haftenden Sache

[75]) S. 69.
[76]) S. 34 ff.
[77]) Strohal II, S. 74.

zu decken ist, so erscheint es doch wohl als das Natürliche, wenn man mit der durch den Dritterwerber bewirkten Befriedigung des Gläubigers die Haftung des Bürgen in Ansehung des zu dieser Zeit durch den Wert der haftenden Sache gedeckten Betrages erlöschen läßt."

Ob man nun, wie Lippmann[78]), sagt, der Bürge habe gegen die Rückgriffsforderung des Drittverpfänders eine Einrede der Arglist mit der Begründung: Dolo agit, qui petit, quod restituere debet, oder ob man mit der durch § 776 gegebenen Begründung die Bürgschaft im Augenblicke der Befriedigung des Gläubigers untergehen läßt, wie Strohal a. a. O. es will, dürfte kaum von wesentlichem Unterschiede sein; überdies kommt ja auch Lippmann, wie oben erwähnt[79]), zu dem Ergebnis, „der Einwand des Bürgen gehe, kurz ausgedrückt, dahin, daß er nicht mehr Bürge sei."

Demnach kann zusammenfassend gesagt werden:

Ist zur Sicherung einer Forderung von verschiedenen Dritten eine Bürgschaft und eine Hypothek oder eine Bürgschaft und ein Pfandrecht bestellt worden, so hat die Befriedigung des Gläubigers, unmittelbar oder mittelbar[80]), stets durch das belastete Grundstück oder die verpfändete Sache zu erfolgen, falls der Hauptschuldner zahlungsunfähig ist, der Bürge aber, soweit der Wert des verpfändeten Gegenstandes reicht, frei auszugehen.

---

[78]) S. 182.

[79]) S. 37 f.

[80]) unmittelbar = der Gläubiger nimmt den Drittverpfänder, mittelbar = der Gläubiger nimmt den Bürgen in Anspruch.

Dritter Teil.

Die Rechtsverhältnisse bei mehrfacher, unvollkommener Drittsicherung

§ 11.

Wie aber sind die Rechtsbeziehungen dann zu ordnen, wenn die bestellten Sicherheiten die Schuld nicht decken, unvollkommen sind?

Hat sich ein Drittsicherer von vornherein dem Gläubiger nur bis zu einer bestimmten Höhe verhaftet, dann kann er auch vom Gläubiger oder im Rückgriffswege von einem Drittsicherer nur bis zu dieser Höchstgrenze in Anspruch genommen werden.

Sind mehrere Drittsicherungen in dieser beschränkten Form bestellt worden, dann besteht eben nur mehrfache Drittsicherung insoweit, als die Sicherheiten sich decken.

Besonders eingegangen braucht hier nur auf den Fall werden, daß ein Drittverpfänder, obwohl der Wert seines verpfändeten Gegenstandes die Höhe der Forderung nicht oder infolge von Wertminderung nicht mehr erreicht, ausnahmsweise die Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstück oder der beweglichen Sache nicht zuläßt, sondern sie durch Zahlung der vollen Schuld abwendet, weil ihn Gründe besonderer Art, wie Liebhaberinteressen oder Angst vor Kreditverlust, dazu bewogen haben.

Kann der Drittverpfänder diesen zuviel gezahlten Betrag von einem Bürgen zurückfordern?

Was auch in der Literatur über diese Frage gestritten worden ist [81]), hier soll nur kurz gesagt werden, daß der dingliche Drittsicherer sich stets für den „Überwert", d. h. für das, was er dem Gläubiger zur Vermeidung der Zwangsbefriedigung über den Wert des Pfandgegenstandes bezahlt hat, an einem noch vorhandenen Bürgen, falls sich dieser für die volle Schuld einzustehen verpflichtet hat, schadlos halten kann, m. a. W. die Bürgschaft in Höhe dieses Betrages nicht erlischt, vielmehr die Forderung gegen den Bürgen insoweit nach den §§ 1143/1 bzw. 1225/1, 412, 401 auf den Drittverpfänder übergeht.

Denn daraus, daß der Gläubiger sich an den Drittverpfänder, nicht an den Bürgen wendet, was ihm ja jederzeit freigestanden hätte, darf dem Bürgen kein unverdienter Vorteil erwachsen; wäre es zur Zwangsbefriedigung gekommen, dann hätte sich der Gläubiger doch auch für den Ausfall an den Bürgen halten können, ohne daß diesem ein Ersatzanspruch entstanden wäre, genau so wie umgekehrt, bei einer Befriedigung des Gläubigers durch den Bürgen, sich dieser doch nur in Höhe des Pfandwertes hätte Ersatz verschaffen können.

Auch § 776 kann hier dem Bürgen nicht helfen, da der Bürge bei einer Freigabe des verpfändeten Gegenstandes auch nur insoweit frei geworden wäre, als er von dem Drittverpfänder Ersatz hätte verlangen können, also in Höhe des Pfandwertes.

§ 12. Schlußwort: Zusammenfassung der gefundenen Lösungen.

Überblicken wir am Ende der Erörterungen das gewonnene Ergebnis, so zeigt sich, daß man bei sinngemäßer Auslegung des Gesetzes wohl zu gerechten und einwandfreien Lösungen der gestellten Probleme kommen kann.

---

[81]) Strohal I, S. 374, II, S. 74, 75; Tacken, S. 45; Tasse, S. 61 f.; Braun-Melchior, S. 207 ff.

Und zwar ordnet das Gesetz die Rechtsverhältnisse beim Zusammentreffen mehrerer gleichartiger Drittsicherungen so, daß unter Ausschluß des Grundsatzes der §§ 412/401 neben der Forderung gegen den Hauptschuldner die noch bestehenden Sicherungsrechte zum Zwecke des Rückgriffs nur dann und nur insoweit auf den zahlenden Drittsicherer übergehen, als ihm ein Ausgleichsanspruch zusteht, sonst aber erlöschen. Dieser Ausgleichsanspruch gründet sich bei der Mitbürgschaft auf eine gesetzliche Bestimmung, während er in den anderen Fällen nur auf einem besonderen, internen Rechtsverhältnis beruhen kann.

Dagegen wird bei einem Zusammentreffen mehrerer ungleichartiger Drittsicherungen der persönlich haftende Bürge offensichtlich bevorzugt; denn bei Befriedigung des Gläubigers durch den Bürgen erlischt die Bürgschaft, die dinglichen Sicherheitsrechte aber gehen nach den (§ 774) §§ 412/401 mit der Forderung gegen den Hauptschuldner auf den Bürgen über, bei Befriedigung des Gläubigers durch den Drittverpfänder aber erwirbt dieser nur die Forderung gegen den Hauptschuldner, da der Bürge wegen § 776 frei wird.

Literaturverzeichnis

I. Lehrbücher

1. Crome, System des Bürgerlichen Rechts
   2. Bd. Recht der Schuldverhältnisse, 1902.
   3. Bd. Rechte an Sachen und Rechten, 1905.
2. Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches
   1. Bd. 4. Aufl. 1903.
   2. Bd. 4. Aufl. 1904.
3. Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens
   2. Bd. 1. Abt. 4. Aufl. 1909.
   2. Abt. 4. Aufl. 1915.
   3. Bd. 4. Aufl. 1908.
4. Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts
   Bd. I 8. u. 9. Aufl. 1903.
   Bd. II 8. u. 9. Aufl. 1903.
5. Gierke, J. v., Bürgerliches Recht, Sachenrecht, 1928 (Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaften 9).
6. Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts
   2. Bd. Vermögensrechte, 1. Teil Schuldrecht, 1906.
7. Schmidt, Rud., Bürgerliches Recht, 1927.
8. Titze, Bürgerliches Recht: Recht der Schuldverhältnisse. 4. Aufl. 1932 (Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaften).
9. Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerl. Rechts. 1906.
10. Wolff, Sachenrecht, 9. Bearbeitung 1932 in: Ennecerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. 3.

II. Kommentare

1. Biermann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebenrechten. 3. Aufl. 1914.
2. Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch. II. Bd. 2. Aufl. 1910.
3. Fuchs, Grundbuchrecht, Bd. I Materielles Grundbuchrecht. 1902.
4. Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung, 6. u. 7. Aufl. 1931.

5. Kretzschmar, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1906.
6. Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen. 2. Buch Recht der Schuldverhältnisse, 3. u. 4. Aufl. 1910.
7. Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz.
   II. Bd. 2. Hälfte, 4. Aufl. 1928.
   III. Bd. 4. Aufl. 1920.
8. Reichgerichtsrätekommentar (RGRK.), Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts.
   1. Bd. 8. Bearb. 1934.
   2. Bd. 8. Bearb. 1934.
   3. Bd. 8. Bearb. 1934.
9. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz.
   Bd. II 1. Teil, 9. Aufl. 1930.
   2. Teil, 9. Aufl. 1928.
   3. Teil, 9. Aufl. 1929.
   Bd. III 2. Teil, 10. Aufl. 1936.
10. Warneyer, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. 2. Teil, 2. Aufl. 1930.

III. Entscheidungen

1. Reichsgericht:
   a) in der Entscheidungssammlung RGZ.:
      Bd. 53, S. 403 Bd. 59, S. 207 Bd. 59, S. 223 Bd. 60, S. 191
      Bd. 61, S. 56 Bd. 75, S. 271 Bd. 76, S. 195 Bd. 80, S. 317
      Bd. 81, S. 71 Bd. 81, S. 414 Bd. 83, S. 390 Bd. 85, S. 363
      Bd. 88, S. 160 Bd. 91, S. 297 Bd. 117, S. 1
   b) in der Juristischen Wochenschau = J. W.:
      Jahrgang 1904, S. 298 Jahrgang 1907, S. 100
      Jahrgang 1908, S. 32 Jahrgang 1909, S. 33
   c) in Seufferts Archiv:
      Bd. 61, S. 190.
2. Oberlandesgerichte:
   a) in der Entscheidungssammlung (OLGR.):
      Bd. 9, S. 317 Kammergericht
      Bd. 35, S. 331 OLG. Posen
   b) in Seufferts Archiv:
      Bd. 61, S. 232 OLG. Braunschweig
      Bd. 76, S. 135 OLG. Königsberg

c) in Hanseat. Gerichtszeitung:
41. Jahrg., Beiblatt, S. 225 OLG. Hamburg
d) in Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern (Bay. Z.):
Jahrg. 1912, S. 363 OLG. Zweibrücken.

IV. Besondere Abhandlungen

1. Barkhausen, Der gegenseitige Regreß mehrerer Sicherheitssteller für dieselbe Forderung. Diss. Leipzig 1906.
2. Bendix, Zur Lehre von dem gesetzlichen Übergange der Rechte (cessio legis) im Falle des Vorhandenseins mehrerer Sicherungen. Arch. f. bürg. Recht 1905, Bd. 25, S. 84 ff.
3. Boethke, Buchbesprechung von Kremers „Die Mitbürgschaft". Gruchots Beitr. 1904, Bd. 48, S. 283 ff.
4. Braun-Melchior, Rechtsübergang und Ausgleich bei mehrfacher Drittsicherung. Arch. f. civil. Praxis 1930, Bd. 132, S. 175 ff.
5. Breit, Zur Lehre vom Eintritt des Bürgen und des Drittverpfänders in die Rechte des befriedigten Gläubigers nach dem BGB. Gruchots beitr. 1904, Bd. 48, S. 283 ff.
6. Brockhues, Rechte und Pflichten des zahlenden Bürgen. Diss. Erlangen 1896.
7. Cohn, Über das Verhältnis des Drittverpfänders zum Gläubiger und Bürgen. Jur. Wochenschrift 1906, S. 410 ff.
8. Dähne, Der Rückgriff des Bürgen und dritten Pfandeigentümers gegen den Hauptschuldner und der Rückgriff zwischen Bürgen und dritten Pfandeigentümer untereinander nach dem BGB. Diss. Leipzig 1907.
9. Dorst, Die gegenseitigen Beziehungen mehrerer Sicherheitssteller für die Verbindlichkeit eines Dritten nach dem Rechte des BGB. Leipzig 1912.
10. Eccius, Buchbesprechung von Kobans „Der Regreß des Bürgen und Pfandeigentümers im österreichischen und deutschen Recht". Gruchots Beitr. 1904, Bd. 48, S. 678 f.
11. Emmerich, Pfandrechtskonkurrenzen. Berlin 1909.
12. Evers, Ausgleichsansprüche zwischen Bürgen und Drittverpfänder. Diss. Rostock 1911.
13. Exner, Das österreichische Hypothekenrecht. Leipzig 1876.
14. Faß, Die Befriedigung des Hypothekengläubigers durch Bürgen, Ablösungsberechtigte und beliebige Dritte. Diss. Königsberg 1912.
15. Förster, Die Ausgleichung unter Mitbürgen und Dritteigentümern nach den §§ 774, 1225, 1249, 1143 BGB. Diss. Leipzig 1908.
16. Happek, Das Eintrittsrecht in die Rechte des befriedigten Gläubigers nach BGB. Diss. Erlangen 1909.

17. Hachenburg, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. 2. Aufl. 1900.
18. Koban, Der Regreß des Bürgen und Pfandeigentümers nach österreichischem und deutschem Recht. Graz 1904.
19. Kremer, Die Mitbürgschaft mit Beiträgen zur Lehre von Bürgschaft und Gesamtschuld. Diss. Straßburg 1902.
20. Lang, Die Gesamthypothek. Arch. f. civ. Pr. 1899, Bd. 89, S. 251 ff.
21. Leichsering, Die Verteilung der Haftungslast bei mehrfacher Sicherung einer Forderung nach dem Rechte des BGB. Diss. Jena 1913.
22. Lippmann. Der Streit um das bessere Recht zwischen Bürgen und Drittverpfänder bei Insolvenz des Hauptschuldners. Thür. Bl. 1904, Bd. 51, S. 180 ff.
23. Marcus, Materielle Grundfragen aus dem Bürgschaftsrecht, in: Blätter für Rechtspflege im Bezirk des KG. (KGBl.) 1906, 17. Jahrg., S. 4 ff.
24. Martinius, Entsprechende Anwendung des § 774, Abs. 2 im Falle des § 1225 BGB., in: Deutsche Juristen-Zeitung (DJZ) 1903, S. 855 ff.
25. Merländer, Zahlungswirkung bei verschiedenartiger Forderungssicherung. Diss. Würzburg 1919.
26. Oellers, Der Ausgleich bei mehrfacher Forderungssicherung. (§§ 774, 1143, 1225, 1249 BGB.) Diss. Marburg 1926.
27. Schmidt, Unechte Solidarität. Iherings-Jahrb. Bd. 72, S. 1 ff.
28. Schulz, Rückgriff und Weitergriff, in: Leonhards Studien zur Erläuterung des Bürgerlichen Rechts. Heft 21, 1907.
29. Sellner, Zur Auslegung des § 1225 BGB., in: „Recht" 1904, S. 477.
30. Sievers, Bürgschaft und Aufrechnung, in: „Recht" 1903, S. 299 ff.
31. Sternberg, Die Verteilung der Haftungslast bei mehrfacher Sicherung einer Forderung. Gruchots Beitr. 1908, Bd. 52, S. 545 ff.
32. Strohal I, Die Lehre vom Eintritt des Bürgen und des Drittverpfänders in die Rechte des befriedigten Gläubigers nach BGB., in: Deutsch. Jur.-Ztg. 1903, S. 373 ff.
33. Ders. II, Der gesetzliche Übergang der Sicherungsrechte des Gläubigers auf den zahlenden Bürgen in neuer Beleuchtung, in: Iherings-Jahrb. 1912, Bd. 61, S. 59 ff.
34. Tacken, Der Ausgleichsanspruch des Mitbürgen nach dem Rechte des BGB. Diss. Breslau 1907.
35. Tasse, Die Rechtsbeziehungen zwischen mehreren Sicherungsverpflichteten nach Befriedigung des Gläubigers durch einen von ihnen. Diss. Halle-Wittenberg 1931.
36. Vetter, Die Bürgschaft für eine Forderung, für welche dem Gläubiger die Bestellung einer Hypothek versprochen ist. Diss. Greifswald 1898.

37. Wandel, Das Verhältnis von Bürgen und Drittverpfänder untereinander, falls einer den Gläubiger befriedigt. Diss. Heidelberg 1909.
38. Wüllenweber, Über die gegenseitigen Beziehungen mehrerer Sicherheitssteller für dieselbe Forderung. Diss. Breslau 1914.
39. Brandus, Das Verhältnis des Eigentümers, welcher für die Hypothek nicht persönlich haftet, zum Bürgen. Diss. Jena 1922.

V.

1. Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. 1. Lesung. Amtl. Ausg. 1888.
2. Materialien, die gesamten zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, von B. Mugdan 1899. (Material.)
3. Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Amtl. Ausg. 1888. (Mot.)
4. Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfes des BGB., bearb. v. Achilles, Gebhard, Spahn 1897/99. (Prot.)